

LE PRINCIPE DE LA BONNE FOI

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(*Sciences juridiques*)

Présentée et soutenue le 29 mai 1928 à 14 heures.

PAR

François GORPHE

Docteur en droit (sciences politiques et économiques)

Lauréat de la Faculté

Juge au Tribunal civil de Lille

Président : M. CAPITANT

Suffragants { M. LÉVY-ULLMANN.
 M. JULLIOT de la MORANDIÈRE

PARIS
LIBRAIRIE DALLOZ

11, rue Soufflot

1928

Gorphe



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

***La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses,
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.***

LE PRINCIPE DE LA BONNE FOI

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(*Sciences juridiques*)

Présentée et soutenue le 29 mai 1928 à 14 heures.

PAR

François GORPHE

Docteur en droit (sciences politiques et économiques)

Lauréat de la Faculté

Juge au Tribunal civil de Lille

Président : M. CAPITANT

Suffragants { M. LÉVY-ULLMANN.
 } M. JULLIOT de la MORANDIÈRE

PARIS
LIBRAIRIE DALLOZ

11, rue Soufflot

—
1928



Procédé d'indication bibliographique employé.

Les travaux qui sont énumérés dans la bibliographie en fin d'ouvrage ne sont indiqués, en cours de texte, que par un numérotage renvoyant à la bibliographie.

Introduction

*Le monde matériel repose sur l'équilibre.
le monde moral sur l'équité.*
V. HUGO.

Depuis que le droit s'est humanisé, il s'est pénétré d'un principe bienfaisant, qu'on a appelé le principe de la *bonne foi* et qui s'est imposé au respect général. On le trouve, exprimé ou non, à la base des dispositions les plus diverses; on l'entend constamment invoqué dans les prétoires, au nom même de la Justice, et dans toute la vie courante des affaires, au nom même de la conscience. Mais si l'on cherche à le définir, l'embarras commence. En droit pénal encore, on le retrouve partout à peu près sous la même forme, exclusive de l'intention délictuelle. Mais dans les différentes branches, si complexes et si étendues, du droit civil, n'est-ce pas un véritable Protée, dont l'esprit se fait sentir partout et dont le corps ne se laisse bien saisir nulle part?

A la vérité, il y a une puissance de l'esprit qui s'allie volontiers avec la souplesse du corps. La diversité des aspects de la bonne foi, qui a subi l'évolution des idées, peut très bien n'exprimer qu'une émanation féconde d'un seul et même principe, dont il y a grand intérêt, à la fois théorique et pratique, à rechercher la source originelle et l'unité profonde.

C'est sur les bases de l'*équité* naturelle que notre principe paraît s'être développé. La bonne foi est fille de la justice. Elle en a porté le souffle et la lumière dans les premiers rouages formalistes et matérialistes du droit strict. Pour ne

parler que du droit romain, la *bona fides*, qui en est une des plus belles créations, s'oppose au formalisme, tout en le complétant. Elle inaugure un système de conventions basé, non plus seulement sur l'observance rigoureuse de formes déterminées, mais surtout sur le respect des intentions, sur la loyauté et la confiance¹, en un mot sur des éléments spirituels et moraux : ce qui est la meilleure manière d'appliquer l'équité et la probité. Le sens principal de la *bona fides* paraît bien, au milieu de beaucoup d'incertitudes et de variations (Benzacar, 12, p. 4 et s.), être resté attaché à la notion pratique d'équité (Cicéron, *De Officiis*, III, 17; Gaius, L. 5, D., 47. 7) et de probité dans les rapports de droit (Plaute, *Mostellaria* [*Le Revenant*], acte III, sc. I, vers 660-663), spécialement dans les rapports des parties entre elles (Tryphonius, L. 31, 1, D. 16, 3), tenues à la réalité des promesses (*promissorum veritas*) sans tromperie ni perfidie (Cicéron, *loc. cit.*). C'est à cet égard que la *bona fides* a été opposée à la *fraus* et au *dolus* (Paul, I. 3 *in fine*, D. 17, 2), qui, à l'époque classique, tendent à se confondre l'un avec l'autre, s'étendent même à l'enrichissement injuste (Ulpien. L. 55, D., 17, 2) et à la conservation d'un objet sans cause (Papinien, L. 66. D. 12, 6).

Une autre acception de la *bona fides* s'est également fait jour, comme une variante des précédentes, c'est celle de l'état d'ignorance et d'erreur excusables portant sur la capacité, la qualité, la propriété : acquéreur trompé par un « tutor falsus »; *emplot* ayant ignoré que la « merx » appartenait à un autre qu'à son vendeur, etc. (Gaius, L. 13, 2, D., 6, 2).

1. Le domaine de la bonne foi était bien, d'après Jhering (*Esprit du droit romain*, trad. de Meulenaere, t. III, 1877, p. 174), celui « du commerce juridique exclusivement fondé sur la loyauté et la confiance ». Le juge statuait alors *ex bona fide*, en tenant compte de tous les éléments de la situation.

La notion juridique de la *bona fides* s'est, avec le christianisme, imprégnée d'idées morales et religieuses inconnues de l'antiquité, et s'est davantage étendue à l'ensemble du droit privé. La *fides*, qui, en droit romain, signifiait avant tout fidélité, loyauté et confiance, a pris, dans le droit canonique, une importance particulière dans le sens de croyance, qui s'est manifesté, non seulement dans la théorie nouvelle du mariage putatif, mais encore dans les anciennes matières comme celle de l'usucapion. Cette signification n'est pas restée isolée des autres : une fusion en a été opérée autour de l'idée suprême de la *fides catholica*, tandis qu'au contraire la *mala fides* rentrait dans le *peccatum*. La prépondérance de l'élément de croyance n'empêche pas de dire : « Item dicitur fides conscientia, ut ibi : omne quod non est ex fide peccatum est » (glose citée par Ruffini, 104, p. 175). Comme l'a montré Ruffini, en effet, le droit canonique en est arrivé à concevoir la bonne foi partout où il n'y avait pas de péché.

Nous voyons déjà que, dès autrefois, les diverses significations et fonctions de la bonne foi n'étaient point si séparées qu'on l'a prétendu, dans le domaine des obligations et dans celui de la possession. Dans une analyse pénétrante, Bruns (23, p.15, etc.) a montré que sous les divers aspects de ses applications particulières, — *bonæ fidei negotium, contractus, actio, bona fide emere, tradere, accipere, occupare, possidere*, etc., — la *bona fides* romaine conservait partout la signification fondamentale de loyale confiance, intention loyale et honnête. Ainsi, dans l'usucapion, elle n'a d'autre sens que celui d'avoir acquis en loyale confiance, avec une honnête intention. Idée que nous retrouvons chez les canonistes, où la bonne foi est devenue l'élément essentiel de la prescription : « *Bonæ fidei possessor dicitur qui fraude*

qualibet et fraudis suspitione caret» (Dino, cité par Ruffini, 104, p. 168).

C'est cette unité d'origine et de fondement qui fait que le même terme de *bonne foi*, traduction littérale de *bona fides*, se retrouve malgré la diversité des situations auxquelles il s'applique, dans toutes les législations issues du droit romain.

Le même mot de *fides* servait à traduire les deux mots grecs de πισις, fidélité, et πισις, croyance. Dans les législations d'origine germanique, un dédoublement d'expression de la *bona fides* s'est produit : il y a la *guter Glaube*, qui désigne la croyance erronée et excusable, et le *Treu und Glauben*¹, qui désigne la loyauté et la confiance. Le terme commun de *Glaube*, correspondant à celui de *fides*, en fait la liaison, sous un double sens de croyance et de confiance. La « bonne croyance » n'est-elle pas celle de l'intention loyale et honnête ?

Mais quelle est la nature de cette intention loyale et honnête de loyale confiance (*das des redlichen Bertrauens, redlicher ehrlicher Gesinnung*), qu'on peut admettre dans l'état de bonne foi, avec les premiers auteurs qui ont approfondi la question, Wachter (128) et Bruns (23) ? C'est à propos d'un célèbre procès survenu à Göttingue, en 1870, en matière d'usucapion, que ces deux juristes ont entrepris de discuter sur l'essence de la bonne foi. Wachter soutenait que la bonne foi (*guter Glaube*) s'analysait en la croyance de ne faire tort à personne ou de ne rien faire d'illégitime, et consistait essentiellement en un état d'âme effectif et subjec-

1. Le sens précis de ce double terme prête à discussion. Pour Léonhard, *Treu* désigne la sincérité des promesses et *Glauben* la sincérité des affirmations. Pour Hölder, *Glauben* désigne la confiance en la loyauté (*Treu*) de l'autre partie. Pour Schneider (111, p. 94) la juxtaposition des deux mots renferme une idée d'équité (*Billigkeit*) et de ferme confiance (*Zuversicht*) en l'attitude loyale de l'adversaire.

tif : conception inspirée plutôt des idées canoniques que des idées romaines, et qui s'en tient à un simple fait subjectif, psychologique, de croyance, sans en apprécier la cause. Ce qui conduit à prendre, en principe, en considération le sot, l'ignorant, le négligent même, — comme dans le droit canonique où il suffisait d'être exempt de péché, — aussi bien que le prudent et le diligent, — favoris du droit romain.

Bruns, au contraire, s'inspirant, tant des exigences juridiques que des sources romaines, estimait que la question dominante était moins celle de l'objet de la croyance que celle du « comment et pourquoi l'on croit, et que le simple fait de se tromper et croire » (*irren und glauben*) devait être subsumé sous un principe moins subjectif de rigoureuse loyauté, comportant une obligation d'examen réfléchi (*Pflicht der Überlegung*) : il ne suffit pas de croire, il faut se comporter en personne de bien, d'une façon consciencieuse et nullement répréhensible. Cette conception profonde, qu'on pourrait appeler éthico-juridique, ne néglige pas la nature psychologique du contenu de la bonne foi, spécialement en tant que croyance ; mais elle fait ressortir les éléments moraux qui permettent de qualifier la bonne foi et font sa valeur, ainsi que les caractères juridiques qui l'élèvent à la hauteur d'un véritable principe de droit.

Sur ces bases, des auteurs italiens ont repris et complété la discussion sur la nature de la bonne foi. Pour Pernice, elle est constituée de deux éléments, l'un moral, l'autre psychologique ou intellectuel, fondus ensemble, avec prédominance originaire du second (Ruta, 105, p. 12). Le Professeur Bonfante (17) critique toutes les théories précédentes, et il conclut que la bonne foi réside en une idée morale, qui consiste en le fait d'agir loyalement, honnêtement, consciencieusement, et qui suppose, dans certain cas, l'idée psy-

chologique de l'erreur. Les deux formes mises en opposition par les auteurs allemands ne sont nullement contraires: l'une représente une bonne foi douce, l'autre une bonne foi plus rigide; ce ne sont que divers degrés d'une bonne foi dont l'essence est une et découle de la morale. Galfo Ruta (105), qui a eu le rare mérite de tenter une étude synthétique de la bonne foi, spécialement dans ses applications au droit civil italien, se rallie à cette conception morale, et il adopte cette définition donnée par le Professeur Lo Monaco (*Encyclopedia giuridica*, V, 2, p. 3 et 71) : « La bonne foi est la conscience sûre de l'observance de toutes les conditions voulues pour la perfection d'un rapport juridique déterminé ».

La notion de bonne fois, à la fois complexe et une, est, à vrai dire, une notion très compréhensive et vivante, qui relie profondément le droit à la psychologie et surtout à la morale. A l'analyse, nous trouvons ceci :

1^o Elle comprend des concepts psychologiques d'*intention* et de *croyance*, mais qui ne sont pas retenus dans leur pure subjectivité. Les relations juridiques se tiennent à une certaine surface extérieure de la vie. Quoique plongeant leurs racines dans les pensées et les sentiments intimes, elles s'attachent à leurs manifestations objectives, et le droit ne peut tenir qu'un compte limité des éléments internes.

2^o La bonne foi a une base morale : il faut que l'intention soit *bonne*, la croyance *conscientieuse*. Encore, même pour la morale, ne suffit-il généralement pas d'une de ces bonnes intentions inertes dont, selon le proverbe, l'enfer est pavé; il faut une intention active¹, une bonne *volonté*

1. L'intention qui mène à l'action, en « vivant dans l'organisme et modelant les énergies obscures dont elle a émergé » (Blondel, *L'action*, thèse, Paris, Alcan, 1893, p. 144).

dans tout le sens du terme. Nous nous devons toujours et avec le meilleur de nos énergies, à l'honnêteté, sinon à la vertu. C'est cette bonne volonté qui crée le mérite; c'est elle qui confère à la bonne foi sa valeur et qui explique son efficacité.

3° La bonne foi, notion passée de la morale dans le droit, revêt un caractère de *principe juridique*, dont les applications sont variées. Le domaine du droit ne coïncidant pas exactement avec celui de la morale, la bonne volonté prise en considération ne peut être toujours la même: il ne peut s'agir que d'une volonté *conforme au droit*. Il faut, avec cela, qu'elle soit manifestée, objectivée, suffisamment pour être connue; car le droit ne règle que les actes. Enfin, il faut généralement qu'elle soit *active*, diligente.

Ce n'est pas sans raison que les Romains tenaient pour insuffisante l'absence de déloyauté consciente et intentionnelle, et exigeaient une certaine diligence circonspecte, pour caractériser la bonne foi. Nous ne devons pas nous étonner de constater la liaison étroite et constante du principe de la bonne foi avec celui, plus proprement juridique et plus général, de la responsabilité, qui le complète si heureusement.

Si, au fond, il est vrai de dire, avec le professeur Bonfante (17), que le concept moral de la bonne foi se retrouve intact dans le droit, qu'il n'y a pas d'antithèse entre la *bona fides naturalis* et la *bona fides civilis*, c'est à la condition d'expliquer comment ce concept subjectif prend la forme d'un principe réglant la valeur de la bonne volonté dans les actes et les relations juridiques. L'on ne saurait s'en tenir à la constatation de ce qu'on a appelé (Galfo Ruta, 105, p. 15) la bonne foi subjective, état psychique de l'agent; il faut faire l'appréciation de la bonne foi selon une certaine

conception générale de sa valeur, de ses conditions et de son rôle juridique. De même, d'ailleurs, en morale, c'est bien d'après une conception idéale et normative de la vertu et du vice, qu'on juge un homme vertueux ou vicieux. Or, les principes juridiques sont bien plus *objectifs* que les principes moraux. Nous verrons que, tout en restant appréciée d'une façon concrète, la bonne foi doit rester dans des limites, non seulement ne touchant pas l'ordre public, mais encore considérées comme *normales* eu égard à la législation et aux mœurs.

Le principe de la bonne foi, que Galfo Ruta appelle (105, p. 4) avec force « l'âme de toutes les applications de la loi morale », a été, non seulement à Rome (Bencazar, 12, p. 19), mais encore dans toute la suite de l'évolution juridique (Ripert, 100, p. 276), un grand facteur d'idéalisation et, peut-on ajouter, de moralisation, par conséquent de progrès du droit, spécialement du droit civil. C'est lui qui anime encore les vieilles maximes, telles que : « *summum jus summa injuria* », « *fraus omnia corrumpit* », « *malitiis non est indulgendum* », auxquelles a souvent recours la jurisprudence embarrassée : « Vieux adages chargés de pensée morale », dit M. Ripert (100, p. 277), « et qui font pénétrer des rayons de lumière dans le sombre atelier des formes juridiques. Par le jeu de ces maximes, le juge se penche sur les âmes et scrute les consciences ; il tâche de faire régner l'équité. » L'équité, idéale et en voie de réalisation, telle est bien le commencement et la fin du principe éthico-juridique de la bonne foi. Si l'on considère, avec Galfo Ruta (105, p. 9), que « l'équité est la mesure avec laquelle la morale doit s'appliquer au droit », le principe de la bonne foi apparaît bien, en définitive, comme le principal canal par lequel la morale péné-

tre le droit; et il ne cesse d'en faire sentir les bienfaits effets, en tempérant les rigueurs des règles de technique juridique par les applications opportunes et vivifiantes des préceptes éthiques. C'est principalement dans les moments d'excès et pour éviter que le *summum jus* ne porte à la *summa injuria*, qu'intervient cet intermédiaire d'équité.

Si l'on veut, maintenant, serrer de plus près la notion de bonne foi, il faut descendre des généralités un peu vagues et examiner les différentes applications qui en ont été faites, en France et ailleurs, par la législation et par la jurisprudence. Nous allons alors trouver que le principe général de la bonne foi, dont nous avons essayé de dégager l'unité abstraite, se scinde positivement en une triple forme, qui peut être ainsi formulée :

1^o Comme servant de *critère* d'évaluation et, par suite, d'interprétation des actes juridiques.

2^o Comme faisant l'objet d'*obligation* dans les relations juridiques.

3^o Comme méritant *protection*, lorsqu'elle provient d'erreur excusable, dans les actes juridiques.

La première forme porte sur le caractère *intentionnel* et *volontaire* de la bonne foi, s'opposant au formalisme; elle s'impose aux parties et surtout aux juges. La deuxième porte sur son caractère *loyal* et *honnête*, s'opposant à la fraude et au dol; elle s'impose aux parties et, dans une certaine mesure, aux tiers. La troisième, qui est devenue la plus importante, porte sur le caractère *innocent* de la bonne foi et se présente comme *croyance*; c'est chez les tiers qu'elle se rencontre.

C'est dans la première forme que la notion de bonne foi reste le plus près de la notion d'équité dont elle découle

C'est dans la troisième qu'elle montre le plus nettement sa valeur propre et positive. Les Allemands désignent cette dernière forme d'un terme particulier, *der guler Glaube*, qui la différencie nettement des deux autres, comprises sous l'unique expression de *Treu und Glauben*.

PREMIÈRE PARTIE

Le critère de la bonne foi

Fundamentum justitiæ est fides
Cicéron, *De Officiis*, I. 7.

C'est comme critère de décision que la bonne foi a commencé par être invoquée en justice. Les *actiones bonæ fidei* contenaient la clause *ex æquo et bono*, et le juge appréciait *quidquid oportet ex bona fide*. Aujourd'hui, toutes les actions, tous les contrats, tous les actes juridiques sont de bonne foi, et le critère *ex bona fide* s'est précisé, en se basant avant tout sur le respect de la *volonté légitime* des parties. Il importe, tout d'abord, d'examiner comment cette volonté légitime, constitutive de la bonne foi, peut conférer aux actes une valeur juridique et baser un principe d'évaluation.

CHAPITRE PREMIER

Le critère d'évaluation

C'est l'intention qui fait l'action.
Proverbe.

*L'intention grandit les plus petites
choses et ennoblit les plus communes.*
SÉNÈQUE.

La volonté joue, dans les actes juridiques, un rôle qui est allé en se développant considérablement.

Il y a dans l'acte deux éléments : l'élément interne ou spirituel, constitué par le vouloir, et l'élément externe ou matériel, constitué par la manifestation de cette volonté. L'un et l'autre, peut-on dire avec Miceli (81, p. 264 et s.), constituent la *volonté juridique* dans son ensemble, et ils ne sauraient être pris séparément. Le vouloir interne, à lui seul, est un phénomène incomplet : il tend essentiellement à s'actualiser, et ce n'est que lorsqu'il est manifesté, qu'il existe pour autrui et entre dans le domaine du droit. A l'inverse, l'acte extérieur n'a une signification que par la pensée qu'il manifeste, par le processus volitif qui l'a déterminé et le dirige. On peut répéter les belles paroles d'Al Djaou-aziah : « L'intention est l'âme de l'acte, son cœur et son soutien » (Josserand. 64, p. 281).

Donner une valeur exclusive au premier élément serait confondre le droit avec la morale, le transporter dans une région de subjectivisme, et rendre très difficile, sinon im-

possible, toute garantie sûre, toute certitude de rapports; tandis que, au contraire, en donnant une préférence exclusive au deuxième élément, on réduirait le droit à une consécration du signe objectif et de l'automatisme inconscient, à une simple garantie de l'ordre mécanique et de l'organisme sans vie (Miceli, **81**, p. 282 et s.). Cette opposition s'est traduite par une lutte constante d'idées pour décider lequel des deux éléments aurait la prépondérance. L'évolution générale du droit, qui est allée en se spiritualisant, s'est dessinée nettement de l'autorité sacro-sainte de la forme à la supériorité définitive de la volonté proprement dite.

Dans une savante étude sociologique, M. Davy (**39**), en étudiant la fonction contractuelle à l'origine, avant même le contrat, a montré comment elle est née de la réciprocité de droits et de devoirs produite par des pratiques d'alliance par le sang et de mariage universellement répandues et appelées *pollach*. Chez tous les peuples primitifs et jusque dans l'ancien droit romain, la relation contractuelle est restée nécessairement enchâssée dans un formalisme étranger à ce qu'est devenue plus tard sa nature essentielle. L'obligation avait un sens objectif et collectif. Pour que la conscience se sentît obligée, il lui fallait être mise en état matériel d'obligation par des rites, des solennités, des formes ou procédures qui en constituaient le symbole, le témoin et la garantie. D'où l'ancienne règle romaine : « *Nuda pactio obligationem non parit* ». Ce n'est que par une évolution progressive, sous l'influence des idées d'équité et de bonne foi, que le vieux principe formaliste et matérialiste fut battu en brèche par le nouveau principe. Celui-ci se manifesta d'abord dans la création des contrats de bonne foi, avec clause de dol sous-entendue, puis dans celle des contrats

consensuels. La formule en fut ainsi donnée : « Pacta conventa quæ neque dolo malo, neque adversus leges plebiscita, senatus consulta, edicta, decreta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt servabo ». L'admirable développement en a été opéré entre les mains hardies du prêteur, qui mérita bien d'être appelé la « viva vox juris-civilis ». De là s'est dégagé l'idée qui est devenue l'âme même du contrat : la volonté qui s'exprime légitimement se lie, tant vis-à-vis d'elle-même que vis-à-vis d'autrui.

Pour attribuer à cette volonté une telle efficacité juridique par elle-même, en tant qu'elle est manifestée, mais indépendamment des formes qu'elle peut emprunter, il a fallu lui reconnaître une valeur humaine. « La volonté, dit très bien M. Davy (39 p.10), a dû conquérir et faire reconnaître sa dignité morale avant d'être sacrée source et objet du droit. » La doctrine stoïcienne, puis la doctrine chrétienne, enfin la doctrine individualiste, s'y sont puissamment employées, jusqu'à faire consacrer dans nos mœurs et notre législation le triomphe de cette volonté qu'aujourd'hui beaucoup trouvent excessive. Depuis le droit canonique, l'ancienne règle romaine a été définitivement renversée au profit du principe moderne de l'effet obligatoire du pacte nu, simple échange de paroles, dépourvu de toute formalité. Mais il est intéressant de remarquer, avec Ruffini (104, p. 165), que l'idée juridique de l'efficacité de la volonté en tant que telle est restée étrangère aux canonistes, préoccupés surtout de punir le dol, la mauvaise foi, le péché de celui qui manque à son engagement. Le caractère obligatoire du pacte nu, le *vestimentum canonis*, comme les praticiens aimèrent à le définir, ne pouvait, dans leur esprit, être rattaché qu'à la *bona fides*, considérée, non pas concrètement dans la personne de l'un ou de l'autre des

contractants, mais *in abstracto*, comme principe informateur de logique juridique.

Au prix de longs progrès de nature morale, on a fini par déclarer : « Comme on lie les bœufs par les cornes, on lie les hommes par les paroles. » « Donner et retenir ne vaut », ont proclamé les juristes. Le droit a sanctionné la fidélité à la promesse faite, et il a fait du contrat la loi obligatoire des parties qui l'ont stipulé. (C. civ., art. 1134). « Lors donc, dit très bien M. Davy (39, p.3, et 38, p.328), que nous avons donné notre parole, nous ne la tenons plus à notre merci, c'est elle qui nous tient : nous ne sommes plus ses maîtres, mais ses esclaves ». L'obligation nous apparaît aujourd'hui comme chose de conscience, œuvre de volonté, état moral juridiquement sanctionné. Ainsi, à la base de toute la théorie des obligations, se trouve la volonté légitime, sincère et honnête, qui a une valeur reconnue par la loi morale et naturelle avant de l'être par la loi civile, et qui s'apprécie selon la bonne foi qui la constitue.

Dans cette évaluation, l'importance de la forme se réduit, en principe, à celle d'un instrument, d'un moyen d'expression et de preuve de la volonté, volonté sans laquelle elle n'est qu'un fait sans signification, un geste vague, une onde sonore » (Miceli, 81, p. 274). Il ne faut pas prendre la paille des mots pour le grain des choses.

Cela est vrai surtout dans les actes où se révèle l'individualité de l'agent, comme les rapports de famille et les dispositions de dernière volonté, où l'attention doit se porter de préférence sur l'intention et la détermination interne de la volonté, de même qu'en droit pénal. Il n'en est pas tout à fait de même dans les actes commerciaux et en général les rapports d'affaires, en lesquels s'entrelacent les intérêts les plus opposés, sur lesquels s'échafaudent les ex-

pectatives les plus diverses, et qui présentent pour tous les intéressés une réelle valeur objective, manifestée par la forme et l'expression. L'on présume que celle-ci est une suffisante manifestation de l'intention et se trouve en accord avec elle. Cette présomption, peut-on dire avec Miceli (81, p. 287 et s.), est basée sur trois faits principaux :

1^o L'objectivité de l'acte, qui permet de déterminer un concours d'activité et un échange de services. L'impossibilité de remonter dans tous les cas et dans tous les moments jusqu'au domaine interne de l'intention, fortifie la croyance en la correspondance des éléments interne et externe, et cette croyance, à son tour, tend à donner à l'acte un caractère plus objectif. « L'extériorité et l'objectivité se complètent et se correspondent, comme les deux côtés convexe et concave d'une lentille; ils expriment, l'un le détachement à l'égard de l'intention, l'autre le degré de ce détachement ».

2^o L'étendue et la complexité des rapports. La présomption d'harmonie, qui est nécessaire dans toutes les formes d'objectivité, devient tout à fait indispensable, quand il s'agit de rapports étendus à un nombre indéterminé d'individus qui ne se connaissent pas ou ne peuvent apprécier leurs intentions.

3^o La sécurité des rapports et la rapidité du trafic. L'appréciation de l'élément interne constitue toujours un obstacle, un arrêt ou un retard à la formation du rapport et à la production de ses effets juridiques.

Dans les rapports de cette catégorie, la bonne foi prend un aspect plus objectif, celui de la *confiance réciproque*, qui complète l'autre, celui de l'*intention*. La nécessité d'inspirer et de maintenir cette confiance, qui est ici primordiale, exige que l'expression soit considérée comme une sincère émanation de la volonté interne.

Il y a, en effet, un *postulat de la bonne foi*. Ce postulat est que toujours, dans la recherche de la volonté juridique, on parte de la supposition que les hommes sont animés d'une intention sincère et loyale, qu'ils se comportent avec bonne foi, c'est-à-dire avec conscience, droiture, honnêteté. Ainsi comprise, on peut dire encore avec Miceli (81, p. 292), que « la bonne foi et en général la volonté bonne et sincère, constitue le critère donnant sa forme au rapport juridique par lequel le droit veut régler et organiser les coopérations et la solidarité humaine, car les coopérations ne s'élèvent pas sur la base de la défiance et de la tromperie, mais bien sur celle de la bonne intention ».

Ce postulat général prend un caractère différent dans les diverses parties du droit, et, selon la nature de l'acte, on le fait valoir à l'avantage de l'un ou de l'autre intéressé. Dans les actes de la première catégorie sus-énoncée, actes à caractère subjectif, où c'est l'intention du déclarant qui est la base d'évaluation, le postulat vaut à l'avantage du déclarant, dont l'intention légitime et loyale est supposée jusqu'à preuve contraire. Il peut sembler étrange qu'il en soit ainsi même pour les actes illicites, qui pourraient par eux-mêmes paraître comme essentiellement de mauvaise foi; mais il y a là une nécessité déterminée par l'impossibilité d'atteindre immédiatement à une appréciation de l'intention, et, au surplus, imposée par le respect de la personne humaine. D'ailleurs, il ne peut s'agir que d'une présomption provisoire, ne valant que jusqu'à ce que les faits donnent origine à une présomption contraire.

Dans les actes de la deuxième catégorie, à caractère *objectif*, où l'expression acquiert une valeur en elle-même, le postulat de la bonne foi vaut de préférence en faveur de celui qui reçoit la déclaration ou subit les effets juridiques

de l'acte. Car ici la volonté du destinataire entre en cause, et, pour qu'il puisse reposer sa confiance sur la déclaration, il faut qu'elle soit considérée comme sincère, qu'il ait le droit de l'entendre de bonne foi, telle qu'elle est présentée et qu'elle peut être normalement évaluée. Cela d'ailleurs ne veut pas dire qu'en accordant une plus grande considération à la bonne foi du destinataire, on doive oublier celle du déclarant; car il faut prendre garde que ce qui se donne à l'un se prend à l'autre, et l'équilibre risque de se rompre au détriment de la bonne foi réciproque.

Le postulat de la bonne foi a été consacré par la plupart des législations, sous forme d'une présomption jusqu'à preuve contraire, généralement énoncée à propos de la possession, mais en termes qui en permettent une application générale. Ceux de notre C. civ., art. 2268, quoique figurant au chapitre de la prescription, sont aussi généraux que possible : « La bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver. » On considère que, en posant cette présomption à propos d'un bénéficiaire déterminé, le législateur n'a fait que saisir une occasion de formuler un principe général, inspiré par un motif qui se retrouve partout (P. Binet, note sous Cass. civ. 5 nov. 1913, D. 1914. 1. 281). Il est toujours vrai de dire : « Nullus dolo videtur facere ». La même présomption se retrouve dans les Codes étrangers : C. fédéral suisse (art. 3), C. italien (art. 702), C. espagnol (art. 434, 435), C. portugais (art. 478), C. chilien (art. 707), etc.

Cependant, elle ne joue que dans des circonstances normales, et elle ne profite qu'à l'état proprement dit de bonne foi, non aux éléments extrinsèques, tels que le titre putatif, sur lesquels la bonne foi doit s'appuyer dans certains cas (Planiol, 95, t. 1, n° 2294; Colin et Capitant, 31, t. 1, p. 931). Elle ne vaut jamais que jusqu'à preuve contraire, et la preuve de

la mauvaise foi peut être faite par tous moyens, même par simples présomptions (C. civ., art. 1353; *C. civ. annoté D.*, sous art. 2268, n° 8 et 9), lesquelles peuvent aisément ressortir des faits de la cause. Il s'ensuit que, si les circonstances sont telles qu'un homme ordinaire aurait eu des doutes, la charge de la preuve se trouve renversée : c'est à l'intéressé à établir qu'il est au dessous de la normale et qu'il est resté de bonne foi. S'il en était autrement, les fraudes seraient trop faciles, à l'abri d'une présomption excessive, tombant dans la naïveté; car il est rare que la mauvaise foi puisse être prouvée directement. C'est ainsi que, selon une jurisprudence couramment admise en matière d'action paulienne ou d'abus de droit, une présomption d'intention frauduleuse ou malicieuse se tire de la simple conscience du préjudice causé¹. Mais, pour ne pas risquer de verser dans l'erreur, de telles présomptions de fait, contraires à la présomption légale générale de la bonne foi, ne doivent être admises qu'avec beaucoup de réserve et de prudence. Il faut se méfier des apparences, prendre garde que souvent, selon le mot de Nietzsche, « la vérité est tortueuse », et si l'on doit risquer une erreur, mieux vaut toujours que ce soit dans le sens de l'indulgence².

On décide souvent que la mauvaise foi existe à partir de la demande en justice, par exemple chez un possesseur con-

1. Comp., en matière pénale, la conscience du préjudice dans la diffamation et l'injure. (Cass. Crim., 30 déc. 1904. D. 1906. 1. 361, note Le Poittevin; Req. 24 avril 1914. D. 1918. 1. 96), ou encore la connaissance du défaut de provision, dans le délit de fraude consistant à émettre sciemment un chèque sans provision (Loi 2 août 1917, art. 2; Paris, 14 janvier 1925. S. 1926. 2. 9, note P. Esmein.)

2. Ainsi, l'on reproche aux tribunaux d'admettre trop facilement l'intention de nuire en certaines matières d'abus de droit notamment de la part du patron qui renvoie ou refuse d'embaucher un ouvrier syndiqué (Trib. Bordeaux. 14 déc. 1903. S. 1905. 2. 17, et note Ferron; Trib. Lille. 12 nov. 1906. S. 1909. 2. 233. *Pand. pér.* 1909. 2. 323). Le désir de réprimer l'intention de nuire ne doit pas faire passer sur l'exigence de la preuve (J. Brethe. note sous Cass. Req. 24 nov. 1924. S. 1925. 1. 217).

tre qui est intentée une action en revendication (Cass. civ. 11 janv. 1887, D. 1888. 5.268, S. 1887. 1.225; 21 déc. 1903, D. 1908, 1.377, S. 1909. 1.324). Cela correspond, en effet, le plus souvent à la réalité : la demande révèle la situation à celui qui pouvait en ignorer les vices. Mais on ne saurait en faire une règle; car il est possible que le défendeur considère l'action comme mal fondée et, malgré tout, persiste dans sa bonne foi. (Colin et Capitant, **31**, t. 1, p. 932).

Le postulat de la bonne foi ou de la bonne volonté trouve un complément et une garantie dans le principe si important de la responsabilité, qui se rattache, lui aussi, à la théorie de la volonté, en consacrant les effets de la volonté consciente. Le déclarant, et en général toute personne qui manifeste sa volonté dans le domaine du droit, doit être tenue pour responsable de l'expression qu'elle en donne et qui sera appelée à faire foi ou à inspirer confiance, et elle ne doit pas pouvoir invoquer sa bonne foi ou demander l'appréciation de ses intentions cachées, si, pour une cause inexcusable, elle a donné à sa volonté une expression inadéquate. Elle est liée par sa déclaration dont elle est responsable. Il y a ici ceci de particulier, remarque Miceli (**81**, p. 295), que c'est le côté externe de la volonté juridique qui engendre le rapport obligatoire, et cet effet obligatoire constitue une espèce de sanction contre celui qui a intentionnellement produit ou n'a pas su éviter le désaccord entre les deux éléments, interne et externe, de la volonté juridique : sanction qui invite à la fois à la prudence et à la loyauté.

Il s'ensuit que la volonté ostensible peut présenter une valeur juridique pour autrui à la charge de son auteur. Le principe est nettement formulé en droit anglais : « Si une personne emploie des modes de déclaration de volonté qui, d'après les circonstances, sembleraient raisonnablement

indiquer une intention déterminée, elle ne saurait être admise à nier l'existence de cette intention à l'encontre de toute partie qui de bonne foi aurait fait un acte (ou une abstention) d'après cette intention. » (Jenks, 61, t. 1, p. 24).

La responsabilité du déclarant est entière lorsque la volonté ostensible recouvre une *simulation* volontaire. Il y a là un déguisement trompeur de la vérité, qui peut être dangereux. On ne dit plus aujourd'hui des contrats simulés comme d'Argentré (*Sur la coutume de Bretagne*, art. 270) : « *Colorem habent, substantiam vero nullam* ». Mais l'on a davantage égard tant à la bonne foi des tiers qu'à l'intention des parties. On admet que l'acte secret ne peut être opposé aux tiers (C. civ., art. 1321¹), tandis qu'ils ont le droit, si c'est leur intérêt, de se prévaloir de l'acte ostensible : cet acte a créé une situation apparente, dont les parties sont responsables et sur laquelle doivent pouvoir compter toutes les personnes traitant de bonne foi avec elles. A l'inverse, ils ont le droit d'attaquer en déclaration de simulation l'acte ostensible qui leur nuit. Si la simulation est complète, ne recouvre qu'un acte purement fictif, sans aucune existence réelle, ils n'ont même pas à alléguer la fraude à leur égard. Mais si elle est partielle ou relative, ne fait que déguiser la nature véritable ou certaines conditions d'un acte réel et en lui-même valable, ils ne peuvent demander la nullité de cet acte que s'il renferme une fraude à eux-mêmes ou à la loi. (Cass. Req. 5 nov. 1891, D. 1892. I. 151; Civ. 21 juin 1897, D. 1897. I. 557). Il est vrai qu'une telle distinction entre le simple préjudice et la fraude n'apparaît pas toujours nettement, dans la jurisprudence et la pratique. — Le cas

1. Une disposition analogue manque en droit allemand. L'art. 117, al. 1, du C. civ. annule les déclarations de volonté émises, d'accord avec le destinataire, pour la seule apparence. Les tiers trompés n'ont d'autres garanties que les mesures spéciales de protection édictées par les art. 171, 405, 892, 894, 932 et s., 1207 et 1242 du C. civ.

d'annulation pour simulation frauduleuse est formellement visé par le C. civ. portugais (art. 1031) : « Les actes ou contrats simulés entre les parties, dans le but de frauder les droits des tiers, peuvent être annulés et rescindés à toute époque, sur la demande des personnes lésées. »

C'est encore au principe de la responsabilité du déclarant qu'on peut rattacher la règle que, dans le *doute*, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé (art. 1162 du C. civ.), et que l'obscurité de la convention, surtout quand on peut la considérer comme volontaire, s'interprète contre le stipulant (Douai, 10 nov. 1898, D. 1900. 2. 47; Bourges, 4 déc. 1905, D. 1906. 2. 159). On reconnaît que ce n'est pas là, à proprement parler, une règle d'interprétation (Baudry Lacantinerie et Barde, **10**, I, n° 571) : c'est plutôt un effet de la responsabilité du stipulant sur l'expression qu'il a donnée à la convention. Aussi admet-on que la règle, constituant d'ailleurs un simple conseil, de l'art. 1162, doit être renversée, lorsque le doute provient d'une obscurité ou d'une ambiguïté due à la mauvaise foi ou à la faute du débiteur, par exemple dans une police d'assurances dont la rédaction est imputable à la compagnie (Paris 1^{er} août 1844, S. 1846. 2. 12, D. 1845. 2. 7). C'est ce qu'indique très nettement le C. civ. espagnol, en reproduisant dans l'art. 1288 une règle de Domat : « Si l'obscurité, l'ambiguïté ou tout autre vice d'une expression est un effet de la mauvaise foi ou de la faute de celui qui doit expliquer son intention, l'interprétation en est faite contre lui, parce qu'il a dû faire entendre nettement ce qu'il entendait. » Notre C. civ., art. 1602, applique cette règle contre le vendeur.

Celui qui a contribué par son fait à n'accomplir qu'un contrat apparent, répond également des conséquences de cette fausse apparence, et cette réparation peut consister dans

le maintien de l'opération comme si elle avait été régulièrement passée. Il faut qu'on puisse se fier aux apparences sérieuses, base de ce que M. Demogue appelle la « sécurité dynamique » ; il faut respecter la confiance publique et la bonne foi des tiers. On ne doit pas impunément pouvoir faire croire à un tiers qu'une opération juridique a été accomplie. On est tenu de veiller à ne pas induire en erreur, même inintentionnellement. Mais est-il nécessaire de faire appel, comme en droit romain, à une responsabilité contractuelle particulière, basée sur une subtile *culpa in contrahendo* (*Willemserklärung*) se rattachant à la théorie allemande de la déclaration de volonté (Ihering, *Culpa in contrahendo*, œuvres choisies, trad. de Meulenaere, t. II, p. 32 et suiv.), ou encore sur une *culpa re ipsa* se rattachant à la théorie italienne de l'*affidamento* (Chironi, *Questioni*, 2^e éd., t. I, p. 285 et suiv ; *Culpa contrattuale*, p. 12 et s.) ? Nous pouvons mieux nous en tenir au principe posé par M. Demogue (40, t. I, p. 101) : « La faute peut engendrer des situations juridiques semblables à celles qui dérivent d'un contrat. » Ce principe basé sur l'art. 1382 du C. civ., permet de tenir compte de toute espèce de faute, lourde ou légère.

CHAPITRE II

Le critère d'interprétation

*Le mot seul est un esclave
suborné à des tombeaux.*

SHAKESPEARE.

La lettre tue, l'esprit vivifie,
Evangile.

Interpréter un acte juridique, c'est rechercher sa véritable signification. Un acte a besoin d'être interprété, par les intéressés d'abord, et s'il y a lieu, par les juges ensuite, toutes les fois que les termes employés laissent, soit par eux-mêmes, soit par leur rapprochement entre eux ou avec les circonstances ou les actes des parties, subsister un doute sur le sens véritable que les parties ont voulu lui donner. Il y a un défaut de concordance entre l'expression et l'intention, entre ce que, à la suite de Miceli, nous avons appelé les deux éléments, externe et interne, de la volonté juridique. Or, nous l'avons vu, aucun de ces deux éléments ne peut valoir séparément : il faut, d'une façon ou d'une autre, les rapprocher et rétablir l'harmonie en l'unité de la volonté entière, seule capable de produire des effets juridiques.

On peut y parvenir de deux façons (Miceli, **81**, p. 285), soit en ramenant l'expression apparente et douteuse à sa véritable signification, soit en attribuant à l'expression certaine une volonté appropriée. Dans le premier cas, on recherche la volonté interne et réelle qui n'apparaît pas

dans son expression imparfaite, et l'on se sert, à cet effet, d'indices objectifs et subsidiaires. Dans le deuxième cas, on recherche la volonté correspondant normalement à l'expression, en se basant sur cette expression même, qui est présumée s'accorder avec la volonté réelle.

Le premier mode d'interprétation, qu'on peut appeler *subjectif*, s'impose quand l'expression est éminemment équivoque et douteuse; le deuxième, qu'on peut appeler *objectif*, quand, en dehors des termes exprimés, on manque d'indices pour déterminer les intentions intimes. Le premier mode d'interprétation convient de préférence aux actes que nous avons appelés à caractère subjectif, basés essentiellement sur l'intention du déclarant, caractérisés par des motifs personnels et se rapprochant des rapports moraux, comme il arrive dans les rapports de famille ou les dispositions à cause de mort. Le deuxième convient, au contraire, aux actes où prédomine le caractère objectif, qui lient un plus grand nombre de parties ou d'intéressés et ont une valeur, en quelque sorte, par eux-mêmes, toute manifestée dans la forme et les termes, comme il arrive dans les rapports d'affaires. Il est évident que le rôle directeur de la bonne foi sera bien plus dominant dans le premier cas que dans le deuxième. Il est fonction du caractère subjectif, intentionnel, spirituel (opposé à littéral) de l'interprétation.

Il a été réduit au minimum dans le formalisme primitif. Dans son grand ouvrage de *L'esprit du droit romain* (trad. de Meulenaere, Paris, Marescq, 1887, t. III, p. 129 et suiv.), Ihering a excellemment montré l'importance de la forme et des mots dans le droit ancien, où le développement intellectuel n'était pas encore arrivé à maturité, si bien qu'en tête de l'histoire du droit on pourrait, dit-il, écrire cette épigraphe : « In principio erat verbum. » « Le mot, c'est le mys-

tère des peuples enfants. » « La pensée exprimée est, pour ainsi dire, une pensée pétrifiée. » On ne comprenait donc que l'interprétation *littérale*. Ce rigorisme étroit ne laissait guère de place à la bonne foi. Il laissait, au contraire, la porte ouverte à la malice et à la fraude du plus habile. La *malitiosa juris interpretatio*, dont parle Cicéron (*De Officiis*, I, c. 10), était sans remède, à Rome, dans les contrats de droit strict.

Le droit nouveau permit au stipulant de se garantir contre ces dangers, en insérant une *clausula doli* (*dolumque malum abesse abfulurumque esse*), qui finit, plus tard, par être entendue, et le promettant se trouva couvert par l'*exceptio doli* accordée par le prêteur. Par un acheminement progressif, on arriva à interpréter les conventions, d'abord outre, puis contre leur contenu formel, lorsqu'une partie avait été victime d'un vol ou d'une violence, ou simplement de son erreur ou de son ignorance (Bencazar, 12, p. 17 et suiv.). Le cadre de la formule devint mobile, extensif, restreignant le préjudice suivant les circonstances de fait; l'élément intentionnel finit par triompher de la *lex contractus*, lorsqu'il était en contradiction avec elle. On en arriva à dire, avec Papinien (219, D., 50, 1) : « Le juge doit s'inspirer de la volonté plutôt que de la lettre. » Désormais, il faut s'attacher à la *veritas rei*, par préférence à la *scriptura* : nous trouvons le principe inséré au Code (4, C., 22, 1), et les Prudents de traduire par le mot *fraus* l'application du texte au détriment de l'esprit (Papinien, 794, D., 35, 1; Ulpien, 30, D., 1, 3; 15, 2, D., 5, 1; Paul, 29, D., 1, 3). Charondas nous explique très bien (*Diss.*, III, 3, p. 773, ap. Ev. Ottonis Thesaurum) : « On donne un *judex*, non pour appliquer étroitement les stipulations des plaideurs et leur sens littéral, mais bien pour rechercher la *bona fides*, l'intention des contractants :

ce qui ne peut se faire que par l'examen des antécédents.»

Interpréter les actes juridiques selon la bonne foi, c'est, avant tout, rechercher et respecter la véritable *intention* du déclarant ou des parties. Le principe est aujourd'hui, avec quelques modalités, universellement admis, bien qu'il ne soit généralement formulé qu'à propos des conventions, qui effectivement en donnent le plus d'applications (C. civ., art. 1156; C. civ. espagnol, art. 1281; C. civ. italien, art. 1131; C. civ. monténégrin, art. 1026; C. civ. japonais, art. 356; etc.). La doctrine, sauf en Allemagne et dans les pays de langue allemande, se contente généralement de l'indiquer, en laissant aux tribunaux le soin de l'appliquer, sous prétexte que c'est une question de fait, échappant même au contrôle de la Cour de Cassation : ce qui n'a pas manqué d'aboutir à des hésitations, des incertitudes et des incohérences dans la jurisprudence, abandonnée à ses seules lumières « de fait » et à son « bon sens » naturel.

On peut, avec le droit allemand, distinguer l'interprétation des *déclarations unilatérales* et celle des conventions. La première est régie par l'art. 133 du C. civ. allemand : « Pour l'interprétation d'une déclaration de volonté, il faut rechercher la volonté réelle et ne pas s'en tenir au sens littéral de l'expression. » Malgré l'apparence, cette disposition exprime des idées quelque peu différentes des idées françaises traditionnelles. C'est qu'elle est l'aboutissant transactionnel d'une longue discussion entre deux conceptions extrêmes :

1° La conception libérale et individualiste, dite de *l'autonomie de la volonté*, généralement suivie par la doctrine française et défendue par Savigny. D'après elle, la volonté en soi est seule importante et efficace; par conséquent, c'est à elle seule qu'il faut s'attacher, sous la déclaration qui n'en est que le signe : dans l'interprétation de la volonté, il faut,

dit Savigny « reconstituer la pensée vivante sous la pensée morte¹ ». Le difficile est précisément de faire cette reconstitution d'un fait interne et caché, sur lequel on en est réduit à des suppositions. Ce système donne la « sécurité statique », c'est-à-dire favorise celui qui émet la volonté, en ne l'obligeant que dans la mesure où il a voulu; mais il néglige la « sécurité dynamique », c'est-à-dire est défavorable à celui qui a connaissance de la déclaration et qui ne peut se fier qu'à l'expression apparente. (Demogue, 41, p. 89).

2° La conception sociale (dans le sens de socialisation du droit) dite de la *déclaration de volonté* (*Willemserklärungs-theorie*), soutenue par de nombreux auteurs allemands², dans une plus ou moins grande mesure, et d'après laquelle la prépondérance doit être donnée à la volonté déclarée, seule admise à l'égard des tiers et des intéressés, qui doivent pouvoir se fier aux apparences sérieuses; par conséquent, l'interprétation doit s'en tenir à la déclaration exprimée, pour en tirer les conséquences vraisemblables et normales, d'après les usages, l'équité et la loyauté des rapports sociaux. Ce système favorise la seule « sécurité dynamique », celle des relations et du crédit. Il est dangereux en raison des pouvoirs d'*équité* qu'il accorde au juge, abusivement assimilé à un législateur, en allant, sous couleur de traduire, parfaire et contrôler la volonté vraie du déclarant, jusqu'à y substituer une volonté supérieure et différente (Ed. Meynial, *La déclaration de volonté*, R. trim., I, 1902, p. 558 et suiv.; Dereux, *loc. cit.*).

Aussi la doctrine tend-elle à considérer l'art. 133 du C. civ. allemand comme ne visant que la volonté connais-

1. Savigny, *Traité de droit romain*, trad. Guenoux, t. III, p. 249. Comp. Windscheid, *Pandekten*, t. I, § 69. 1.

2. Bulow, *Das Geständnisrecht*, p. 106 et s.; Schall, *Der Parteiwilleim Rechtsgeschäft*; Planck, t. I, p. 209, etc. Voy. Dereux, 44, p. 353 et s.

sable pour le destinataire de la déclaration (Léonhard, *Der allgemeine Theil des B. G. B.*, p. 350), ou la volonté déclarée elle-même, déterminée, non seulement d'après les termes de la déclaration, mais encore d'après les éléments de fait, extérieurs et apparents : éléments servant de « milieu ambiant » à la déclaration et permettant de l'éclairer et la faire ressortir pour qui l'apprécie suivant les usages et les conditions normales de la vie (Saleilles, *La déclaration de volonté*, p. 220). « Cette interprétation devra se faire comme tout homme de bon sens et d'équité le ferait lui-même, en tenant compte des circonstances qui expliquent les termes dont on s'est servi. Mais, une fois cette interprétation ainsi fixée, la volonté qui en résulte s'impose en tant que volonté déclarée, alors même qu'il serait établi que cette volonté n'était pas celle que l'auteur de la déclaration avait l'intention de manifester » : ainsi est commenté par M. Saleilles l'art. 133, dans le *C. civ. allemand traduit et annoté*. Si le déclarant s'est trompé dans sa déclaration, il n'a d'autre ressource que d'en demander l'annulation pour *erreur*, en vertu de l'art. 119.

Par ces divers textes, le C. civ. allemand a organisé un système mixte, en annulant la déclaration qui s'éloigne trop de la volonté, et en suivant la déclaration qui ne s'en écarte guère, ou encore, faut-il ajouter, en tenant compte de la déclaration inexacte seulement si le destinataire a été de de bonne foi. Cette dernière disposition, qui rappelle la théorie italienne de l'*affidamento*, résulte de l'art. 116 sur la *réserve mentale* : le déclarant qui n'a exprimé qu'une volonté apparente, reste lié à sa déclaration, comme si celle-ci était l'expression exacte de sa volonté vraie ; elle est tenue pour vraie, à moins que, dans le cas de déclaration s'adressant à partie, cette partie n'ait eu connaissance de la réserve mentale. — Ces règles ont été également consacrées par la légis-

lation danoise, après avoir été admises depuis longtemps par la jurisprudence de ce pays. La loi du 8 mai 1917 (art. 32) dispose qu'une déclaration inexacte ne lie pas son auteur, lorsque le destinataire a compris ou dû comprendre l'erreur. D'où il suit *a contrario* qu'elle lie son auteur lorsque le destinataire n'a pas connu ou dû connaître l'erreur.

Ainsi, dans l'interprétation des déclarations unilatérales, le juge se trouvera respecter suffisamment la bonne foi, en recherchant la volonté du déclarant : volonté envisagée davantage sous son aspect interne et subjectif par le droit français, ainsi que par celui des pays latins, et au contraire, davantage sous son aspect externe et objectif par le droit allemand, ainsi que par celui des pays germaniques. Une telle opposition de principe, qui d'ailleurs paraît s'estomper beaucoup dans la pratique, se retrouve dans l'interprétation des *conventions*.

Pour les conventions, la règle est formulée, en droit allemand, par l'art. 157 du C. civ. : « Les contrats doivent être interprétés comme l'exige la bonne foi (*Treu und Glauben*, loyauté et confiance réciproques) selon les usages des affaires (*mit Rücksicht auf die Verkehrssitte*). » Il serait exagéré de croire, comme le fait remarquer M. Saleilles dans le commentaire (*loc. cit.*), que cette disposition fasse appel à un principe idéal et abstrait de bonne foi comme critère d'interprétation. Le critère est moins objectif ; il est basé sur la loyauté et la confiance, qui sont là, comme dit Hölder, les deux termes corrélatifs des deux rapports réciproques des parties : « c'est parce que l'une a confiance en l'autre, que celle-ci doit répondre avec loyauté à cette confiance, et par suite ne vouloir lui imposer que ce que cette dernière a dû croire que le contrat devait lui imposer » (*loc. cit.*).

Cette loyauté et cette confiance réciproques n'ont d'assises

solides que dans la volonté commune résultant de l'accord des parties, qui est la base essentielle de tout contrat. C'est cette volonté ou « intention commune » que l'art. 1156 du C. civ. français, suivi par d'autres législations, recommande de rechercher. Mais les Allemands se préoccupent moins de découvrir cette volonté telle qu'elle a été dans le fond, que de déterminer celle que la bonne foi imposait comme devant être selon la teneur et les circonstances des déclarations constitutives du contrat. L'usage, qui, chez nous, sert de directive complémentaire dans l'interprétation même du contrat (art. 1159 du C. civ.), ne règle, chez eux, que la recherche de la bonne foi (*Treu und Glauben*) et de l'équité. De même que l'art. 138 du C. civ. allemand oblige le juge à se former un idéal d'équité d'après les mœurs, de même l'art. 157 veut qu'il se fasse une conception de la loyauté et du crédit selon les usages. (Saleilles, sous l'art. 157 du *C. civ. allemand traduit et annoté*). C'est une limitation quelque peu imprécise, imposée au pouvoir supplétif du juge, dont l'arbitraire est toujours à redouter dès qu'il ne reste pas attaché au respect de la volonté réelle des parties. Plus juste et plus respectueuse, en réalité, de la bonne foi ou loyauté, sans la nommer, est la prescription du C. civ. autrichien révisé (art. 914), qui recommande d'interpréter les contrats suivant l'intention des parties et les usages admis dans les rapports honnêtes.

Il faut reconnaître que, en matière d'interprétation contractuelle, le critère de la recherche de la volonté commune est insuffisant. Car c'est précisément sur les difficultés qui n'ont pas été prévues par les parties et sur les points où leur volonté reste impénétrable, si ce n'est défailante, que ce posent généralement les questions d'interprétation; et l'opposition des intérêts chez les parties ne doit-elle pas

laisser supposer de leur part des intentions divergentes plutôt que convergentes? Nécessité est bien alors de recourir à un critère plus objectif. « Sous couleur de découvrir une éventuelle et hypothétique « intention commune des parties », « devenue, dit M. Dereux, une formule à peu près vide de sens » (44, p. 446), n'est-ce pas en réalité, tout simplement le *sens normal* des clauses et des déclarations que déterminent, bien souvent, nos tribunaux? C'est ce qui se produit notamment, non seulement lorsqu'il s'agit de préciser la nature d'un contrat innommé, tel que le contrat dit « à la moyenne » intervenu couramment entre des cochers de place et un entrepreneur de transports (Paris 15 fév. 1902, *Gaz. des Trib.*, 2 mai 1902), mais aussi lorsqu'il s'agit tout simplement de déterminer le sens d'une clause obscure ou l'effet d'un contrat ambigu, comme le contrat mixte, participant à la fois de la vente et du louage, qui est souvent pratiqué par les fournisseurs de cycles avec leurs clients.

Il est à remarquer que, dans certains actes unilatéraux, la situation se rapproche de celle des contrats : c'est lorsque la déclaration est adressée à un ou plusieurs intéressés, comme une promesse de récompense ou encore mieux comme un congé donné par le bailleur à son locataire. A la différence des contrats, on n'y peut pas parler d'un accord de volontés; mais, à la différence des déclarations unilatérales, on y peut parler d'un certain accord entre les pensées des parties dans la manière de comprendre la déclaration, et l'état d'esprit du destinataire mérite, en ce sens, d'être pris en considération. Aussi la règle de l'art. 157 du C. civ. allemand, concernant le pouvoir supplétif du juge qui doit s'exercer selon un idéal objectif, est-elle étendue par la plupart des auteurs aux actes unilatéraux de cette sorte (Saleilles, *loc. cit.*; Dereux, 44, p. 449), concurremment avec

celle de l'art. 133. Mais elle ne peut bien s'appliquer qu'à des engagements réciproques, en tant qu'elle vise la recherche de la volonté commune des parties; car cette recherche ne peut se faire que conformément à ce qu'elles se doivent chacune l'une à l'autre et à ce que chacune est en droit d'attendre de l'autre pour que sa confiance ne soit pas trompée.

Des difficultés spéciales d'interprétation s'élèvent dans les *contrats d'adhésion*, tels que le contrat d'assurance, dans lesquels la partie la plus puissante impose à l'autre ses conditions, et souvent lui tend des pièges, en cachant de perfides combinaisons sous des clauses apparemment accessoires, qui échappent à une attention non avertie. Il serait contraire à la bonne foi d'interpréter ces clauses exactement comme si elles n'étaient que l'expression d'une volonté commune des parties. On admet même que, le cas échéant, le juge ait le droit de les corriger selon la bonne foi et de les compléter selon l'équité (art. 1135, C. civ.). « C'est ainsi seulement dit M. Dereux (44, p. 216) que, au lieu de faire tomber les volontés dans des pièges, avec des marques purement extérieures de respect, on déférera vraiment aux volontés dignes de créer des droits. » Comme il le recommande très justement (p. 206), nous n'avons pas à laisser aux seuls juges d'outre-mer et d'outre-Rhin le privilège d'imposer à leurs concitoyens cette qualité si nécessaire aux relations sociales et qui rentre dans notre conception de la bonne foi adoptée par nos lois : la *scrupuleuse loyauté*, qui fait qu'aucune des parties ne trompe l'autre dans son attente légitime.

Il n'est pas nécessaire de recourir à d'ingénieuses et subtiles théories, comme celles élaborées par les auteurs allemands, pour déterminer comment doit se faire une interprétation conforme à la bonne foi, si l'on s'en tient, toutes les fois qu'il est possible, au respect des intentions. Ce n'est que

pour ce qu'elles n'ont pas prévu ou pour les formules dont elles ne sont pas bien rendu compte, que les parties ont dû s'en remettre à la loyauté réciproque, à l'équité et aux usages. Le juge qui devra, pour elles, faire cette réglementation ultérieure qu'elles ont omise, n'aura pas, à proprement parler, à suivre, au nom de la bonne foi objective, « ce qui est juste au sens de l'idéal social », comme le dit le professeur Stammler (*Recht der Schuldverhältnisse*, p. 43 ; de même, Steinbach, 119, p. 6 et s.), mais bien plutôt à suivre les idées mêmes que les parties avaient en vue. Le Conseiller Hartmann est l'un des auteurs allemands qui se rapproche le plus de la vérité, quand il explique que l'interprète, recherchant ce que demande la bonne foi, doit faire prévaloir, tantôt les déclarations prises dans leur sens normal, tantôt la volonté véritable du déclarant ou des parties, et qu'il proclame (44) : « Le principe développé de la *bona fides* doit conserver son idée fondamentale selon l'observance sacrée de la *dictorum conventorumque constantia et veritas* et assurer la persistance de l'acte juridique en accord avec la juste morale » (cité par Schneider, 111, p. 84.)

Mais il faut bien prendre garde que la notion d'équité, si belle qu'elle soit, est trop imprécise et trop variable pour pouvoir guider l'interprète autrement que comme critère accessoire complétant celui du respect de la volonté, dans la conception de la bonne foi à laquelle l'un et l'autre se rattachent. On ne saurait mieux dire que M. Dereux : « Partout où le juge croit pouvoir connaître l'intention réelle de l'auteur ou l'intention réelle commune des auteurs de l'acte litigieux, il doit se conformer à cette intention... Au contraire partout où il ne peut découvrir une intention réelle qui lui dicte sa décision, et où il n'a pas à tenir compte d'autre chose que d'un texte privé, incontesté dans sa teneur, il doit fonder

sa décision sur le sens normal de ce texte, sur le sens que les articles du Code l'obligent à donner à cette déclaration de volonté » (44, p. 106).

C'est bien à cela que semble sagement s'en tenir notre jurisprudence. Il faut que le dessein véritable du déclarant ou des contractants soit bien certain pour autoriser le tribunal à corriger un acte juridique. Il faut qu'il y ait une véritable erreur dans les termes de l'acte, comme si l'emplacement d'une fenêtre à percer dans un mur séparatif a été inexactement fixé de telle sorte qu'il ne correspond plus au but du droit de jour stipulé (Cass. Req. 19 juin 1889, S. 1890. I. 112, *Pand. franc.* 89. I. 554). Par contre, les tribunaux rejettent aujourd'hui facilement les clauses qui ne paraissent pas être rentrées dans l'intention commune, soit qu'elles résultent d'un usage inconnu de l'une d'elles (Req. 21 mars 1893, S. 1897. I. 47¹), ou d'une formule incomprise (Rennes, 18 déc. 1913, s. 1914, 2. 239), soit même, en matière de contrat d'adhésion, qu'elles soient portées sur un imprimé ou une affiche ayant échappé à l'attention (Paris. 15 mars 1922, *Gaz. Trib.* 1922, 2. 466). Il serait tout à fait contraire à la bonne foi que l'une des parties puisse se prévaloir d'une clause qu'elle a surprise à l'attention de l'autre ou qu'elle lui a laissé ignorer. On cherche, avec raison, à protéger surtout les cocontractants dont l'inexpérience ou l'infériorité intellectuelle risque de rendre victimes des gens avisés et dénués de scrupule. (Perreau, 93 bis, p. 361). La justice doit rétablir la balance au profit de la bonne foi.

1. En matière d'achat de vins sur échantillons : Rouen. 22. juill. 1872. S. 1872. I. 262. En matière de bail avec interdiction de sous-louer à d'autres personnes ayant un métier similaire : Trib. Seine. 27 févr. 1913. *Gaz. Trib.* 23 mai 1913.

DEUXIÈME PARTIE

L'exigence de la bonne foi

Cum ergo sis justus, juste omnia disponis.
Livre de la Sagesse, XII, 15.

La bonne foi, entendue spécialement comme *volonté loyale* et rentrant proprement dans la *Treu und Glauben*, est l'âme des relations juridiques. Elle est, dans une certaine mesure, la consécration du devoir moral de ne pas tromper autrui, qui n'est lui-même qu'une application de la norme générale qui commande de ne pas faire de mal à son prochain ou de ne léser personne sans droit ou nécessité : *neminem lædere*. Il y a une véritable obligation juridique de se comporter dans les relations d'affaires, spécialement entre parties, avec un minimum normal de *loyauté* : obligation qui se présente généralement sous la forme négative de ne pas tromper, de s'abstenir de dol ou de fraude, et dont la violation est sanctionnée, dans certains cas, par une peine, dans d'autres cas, par la nullité de la convention, et plus généralement, par la responsabilité civile en dommages-intérêts. Cependant, le droit est moins exigeant que la morale : ne considérant le fait de conscience que lorsqu'il se manifeste dans l'action envers autrui, et n'ayant besoin que d'un minimum social de moralité, il ne demande pas, dans les rapports, la plus pure loyauté, la plus stricte bonne foi ; il se contente de celle qui est normalement indispensable pour soutenir un

certain niveau d'honnêteté et de confiance qui est à la base des bonnes relations juridiques.

Il se trouve que cette exigence est plus ou moins sévère selon la nature des rapports auxquels elle s'applique. C'est dans les rapports contractuels, basés essentiellement sur la juste équivalence des droits et la réciprocité des obligations, qu'elle se fait le plus étroitement sentir. Trifonius disait bien : « Bona fides quæ in contractibus exigitur æquitatem summam desiderat » (L. 31, D., *depos.*, 16-3). Ce que les empereurs Maximilien et Dioclétien ont répété, sous une forme atténuée, en décrétant : « Bonam fidem in contractibus considerari æquum est » (L. 2, C., *de oblig. et act.*, L. 10). Dans les contrats de bonne foi, l'obligation pour les parties de s'abstenir de dol (*a dolo abstinere*) était considérée comme sous-entendue (Proculus, 68, 1, D., 18, 1). Or, aujourd'hui tous les contrats sont de bonne foi et, quoique la bonne foi puisse être entendue d'une façon plus ou moins rigoureuse selon la nature des contrats, elle l'est généralement davantage qu'à Rome. La bonne foi est tellement de l'essence des contrats que, dès le droit romain, toute clause tendant à en exonérer l'une des parties a été considérée comme illicite (Gaius, 28, p^o., D., 2, 14; Ulpien, 23, D., 50, 17), et une telle stipulation est aujourd'hui partout sévèrement prohibée, sous ses formes les plus variées (Schkaff, 110, p. 86; Planiol, 95, t. II, p. 244; Trib. com. Bruxelles, 18 fév. 1904, *Pand. pér.*, 1904, 302; Trib. Lyon, 25 mars 1887, *Pand. fr.*, 1888, 2, 90, etc.).

La volonté sincère, loyale et fidèle dans le dire, dans le contracter et dans le faire, représente la *bonne foi* exigée par le droit, en même temps que par la morale, dans les diverses formes des relations juridiques. Ce qui a pu faire croire que c'était ici la *mauvaise foi* qui était prise en considération

positive, c'est que les prescriptions légales interviennent généralement sous la forme de prohibitions et de sanctions s'appliquant aux manifestations de la mauvaise foi les plus caractéristiques : le *dol* et la *fraude*, véritables délits civils. Mais s'il faut s'abstenir de dol et de fraude, c'est bien que positivement il faut se comporter avec *loyauté*. Cette obligation ou exigence doit être examinée successivement :

1° Dans la formation des obligations ou les *tractations*, où elle incombe à tous les *participants*.

2° Dans l'exécution des obligations ou les *prestations*, où elle incombe spécialement au *débiteur*.

3° Dans la passation des *actes juridiques*, où elle incombe au *tiers* qui traite avec une partie déjà engagée par ailleurs.

4° Dans les *actes quelconques*, où elle incombe à tout *titulaire de droit*.

CHAPITRE PREMIER

La bonne foi exigée dans les tractations

*En vérité, le mentir est un maudit vice.
Nous ne sommes hommes et ne nous
tenons les uns aux autres que par la
parole.*

MONTAIGNE, *Essais*, I, 9.

La valeur de la parole est grande, puisque c'est par elle que les hommes communiquent et que les parties se lient. « C'est, dit Montaigne, le truchement de nostre ame : s'il nous fault, nous ne nous tenons plus, nous ne nous entre-cognoissons plus. S'il nous trompe, il rompt tout nostre commerce et dissout toutes les liaisons de nostre police » (*Essais*, II, 18). Aussi le mensonge ne reste-t-il pas une simple violation de la loi morale, mais devient-il un fait anti-social et anti-juridique, quand il se manifeste dans un rapport d'obligation et produit un dommage évaluable, comme il arrive, remarque Galfo Ruta (105, p. 18), « quand il est préordonné à un but de gain illicite au préjudice d'autrui ». « Le premier trait de la corruption des mœurs, continue Montaigne, c'est le bannissement de la vérité : car, comme disait Pindare, l'estre véritable est le commencement d'une grande vertu, et le premier article que Platon demande au gouvernement de sa république... Certaines nations des nouvelles Indes offroyent à leurs dieux du sang humain, mais non austre que tiré de leur langue et de leurs oreilles, pour expiation du péché de la mensonge, tant ouy que prononcée ». Et ailleurs

(*Essais*, I, 9) : « Si nous en connaissons l'horreur et le poids, nous le poursuivrions à feu ».

Comme nous aurions, pour cela, trop à faire, nous nous contentons de poursuivre les formes de mensonge les plus dangereuses et préjudiciables, vraiment *dolosives* et révélant une intention *frauduleuse* de spoliation.

La tromperie tendant à s'approprier le bien d'autrui est, dans notre législation, constitutive d'*escroquerie* (art. 40 du C. pén.), lorsqu'elle porte sur le nom ou sur la qualité de son auteur, ou dans les autres cas, qu'elle est assortie de *manœuvres* frauduleuses, c'est-à-dire d'actes et de faits extérieurs capables de donner du poids aux paroles et d'enfoncer l'erreur dans l'esprit des auditeurs. Il est vrai que la jurisprudence se contente, à cet effet, des détails les plus légers.

Les rédactions du C. pén. allemand (art. 263), du C. pén. belge (art. 496), du C. pén. italien (art. 413) et du C. pén. néerlandais (art. 326) sont plus larges et plus nettes que celles du nôtre, tant au point de vue des variétés d'erreurs provoquées dans l'esprit de la victime, que des moyens employés pour la produire. Le texte néerlandais admet, au même titre que les manœuvres, les combinaisons de mensonges. L'on peut, avec M. Planiol (96, p. 569), qualifier cette innovation de fort heureuse, en ce qu'elle donne à la bonne foi la protection qui lui est due. Le législateur français, tant en matière pénale qu'en matière civile, paraît avoir pensé que celui qui se laisse duper par de simples paroles a été un maladroit, un nigaud. Mais, comme dit très bien M. Planiol, « est-ce une raison pour donner carte blanche à la fraude? La fonction de la loi n'est-elle pas de protéger les faibles et les ignorants? » Il suffirait de laisser aux juges le soin d'apprécier si le dupé n'a pas été victime de sa propre naïveté, mais, au contraire a réellement été pris dans de fausses allégations qu'il n'avait

pas le moyen de vérifier ou des artifices de langage contre lesquels il lui était impossible de se défendre.

La *tromperie* est encore réprimée par notre loi pénale, quand elle porte et se réalise, ou tente de se réaliser, sur la nature, la qualité ou la quantité de marchandises vendues ou livrées (loi 1^{er} aout 1905, art. 1^{er}). Mais il s'agit là d'une véritable lésion frauduleuse, qui ne nécessite même pas des allégations mensongères, et qui n'est généralement que postérieure ou concomitante, non antérieure, à la conclusion du contrat.

A défaut de délit pénal, la tromperie dolosive constitue un délit civil, en tant qu'acte volontaire, illicite et dommageable (Bourcart, note au S. 1906. 2. 241). Elle est spécialement envisagée par le C. civ. (art. 1116), sous le nom de *dol*, lorsque, par des manœuvres quelconques, l'une des parties a obtenu le consentement de l'autre à un contrat ou à tout autre acte juridique. La loi vient au secours de la victime dont le consentement a été ainsi surpris : elle lui permet de faire annuler l'acte pour vice de consentement (art. 1109). Si le dol n'a été qu'*incident* ou accidentel, non *principal* ou déterminant, à l'égard du co-contractant il ne donne lieu qu'à une action en dommages-intérêts, basée sur la règle générale de l'art. 1382 du C. civ.

Le dol civil, comme le dol criminel, n'est caractérisé que par des *manœuvres*. C'est la ligne de démarcation entre ce que Pothier appelait « le for intérieur » et « le for extérieur » (*Traité des obligations*, n^o 30 et 31) :

Dans le for intérieur, explique-t-il, on doit regarder comme contraire à la bonne foi, tout ce qui s'écarte tant soit peu de la sincérité la plus exacte et la plus scrupuleuse; ... car, puisqu'il nous est commandé d'aimer notre prochain comme nous-mêmes, il ne peut nous

être permis de lui rien cacher de ce que nous n'aurions pas voulu qu'on nous cachât, si nous eussions été à sa place... Dans le for intérieur, une partie ne serait pas écoutée à se plaindre de ces légères atteintes que celui avec qui il a contractées aurait données à la bonne foi, autrement il y aurait un trop grand nombre de conventions qui seraient dans le cas de la rescision, ce qui donnerait lieu à trop de procès, et causerait un dérangement dans le commerce. Il n'y a que ce qui blesse ouvertement la bonne foi qui soit, dans ce for, regardé comme un vrai dol, suffisant pour donner lieu à la rescision du contrat, tels que les manœuvres et tous les mauvais artifices qu'une partie aurait employés pour engager l'autre à contracter, et ces mauvaises manœuvres doivent être pleinement justifiées ».

De simples allégations inexactes ou exagérées ne sont donc pas suffisantes pour caractériser le dol. Elles rentrent dans les « idées vagues et générales que les parties échangent entre elles relativement aux avantages et aux pertes ». (C. civ. portugais, art. 667), et dans le *dolus bonus* toléré par les Romains. Telles sont les allégations du vendeur qui recommande et vante sa marchandise offerte (Amiens, 14 fév. 1876, sous Cass., S. 1887. 1. 49; Riom, 12 mai 1884, S. 1884. 2. 13). « C'est, dit ce dernier arrêt, à l'acheteur de savoir s'en défendre pour ne pas en devenir la dupe trop facile ». Le cas se trouve expressément prévu dans le même sens par le C. civ. monténégrin (art. 519, al. 2). Telles encore les allégations de l'assuré qui attribue à sa chose une valeur excessive (Aix, 2 juill. 1826, D. Rép., v° *Droit maritime*, n° 1657, 1°). Par contre, sont dolosifs les agissements des représentants d'un syndicat de garantie contre les accidents du travail qui, pour provoquer des adhésions aux statuts révisés du syndicat transformé, ont, dans plusieurs circulaires successives, indiqué mensongèrement que la transformation du syndicat était nécessitée par sa prospérité, et pressé les adhérents aux nouveaux statuts de se manifester avant la date de l'ex-

piration de l'ancien syndicat, sous peine de forclusion (Rennes, 15 déc. 1910, D. 1911, 2. 211).

Notre conception traditionnelle des éléments du dol, issue de la technique romaine, a été critiquée comme trop étroite (Planiol, *loc. cit.*; Steinbach, 119, p. 30). Aussi la jurisprudence (Demogue, 41, p. 569 et s.) arrive-t-elle à s'en départir en certaines matières, sous la poussée des nécessités pratiques, qui se font sentir à mesure du développement des affaires. Au progrès des ruses la justice doit savoir opposer une répression plus serrée du dol et de la fraude et une protection plus sûre de la bonne foi. Le dol, on l'a dit, se caractérise par son but, et non par ses moyens.

La conception anglo-américaine, fondée en grande partie et développée sur l'équité (*on Equity*), est plus complexe, mais plus souple et généralement plus large que la nôtre. Elle distingue plusieurs actions de dol : celle basée sur le dol (*fraud*) d'une partie qui a amené frauduleusement l'autre à émettre une déclaration de volonté, et qui permet la révocation de l'acte, et l'action basée sur le dol de quiconque a engagé fallacieusement une personne à agir, et qui donne lieu à des dommages intérêts. De simples déclarations, écrites ou verbales, suffisent pour constituer le dol. Par contre, une dissimulation passive, par simple omission n'équivalant pas à une *suppressio veri*, ne suffit pas, d'après la jurisprudence anglaise. (Jenks, 61, t. 1, p. 25 et 373-376; Pollock, *Principles of contracts*, p. 502 et s.). La jurisprudence américaine admet très bien, à côté du dol explicite (*positive, actual fraud*), un dol implicite (*implied or constructive fraud*) (Joseph Story, *Commentaries on Equity jurisprudence*, 12^e éd., t. I, p. 137). De même, à côté du dol intentionnel (*Absichtdolus*), la doctrine allemande admet un dol simplement conscient (*Bewusstseinsdolus*). Ce sont là des variétés

de dol qui, pour être voilées, n'en sont souvent que plus dangereuses, et que le droit ne saurait négliger.

En France même, on tend à élargir le cadre des manœuvres dolosives. On y fait rentrer de simples déclarations mensongères, lorsqu'elles renferment des affirmations positives assez précises pour constituer un engagement (Aubry et Rau, 7, t. IV, p. 302; Baudry Lacantinerie et Barde, 10, t. I, p. 123). On se contente aussi du dol négatif, consistant dans le fait de taire ou de dissimuler la vérité pour tromper son cocontractant (Cass. Civ. 17 fév. 1874, D. 1874. 1. 193, sur la dissimulation du vice de ruade chez une jument vendue). — De même, en matière de requête civile pour dol personnel (C. pr. civ., art. 480 — 1^o), on admet généralement qu'une simple dissimulation mensongère ou une dénégation persistante d'un fait ou d'un acte décisif au procès peut, en raison des circonstances dont elle s'entoure, constituer un dol¹. — C'est qu'il y a des attitudes trompeuses qui équivalent à des manœuvres dolosives. Elles ont le même danger, surtout sur les faibles, ceux qui ont le plus besoin de protection.

On se contente de *réticences* fallacieuses de la part d'une partie que la bonne foi obligeait à parler, à renseigner son cocontractant sur un fait qu'elle seule était en mesure de connaître (Cass. Req. 5 déc. 1838, S. 1838. 1. 951; Civ. 17 fév. 1874, D. 1874. 1. 193). « Quand, dit M. Ripert (100, p. 86), le contrat suppose une confiance réciproque entre les parties, l'obligation de renseigner exactement le cocontractant devient une obligation juridique et la réticence

1. D. R. P., v^o *Requête civile*, n^o 48; Besançon, 9 déc. 1862, D. 1862. 2. 216; Amiens, 3 juill. 1897, D. 1898. 2. 92; Rouen, 1^{er} août 1906, *Gaz. Pal.*, 25 oct. 1906.

une cause légale de nullité du contrat. » C'est ce qui a lieu spécialement en matière de vente et d'assurance. — Le vendeur tenu de l'obligation de garantie, est, en cas de mauvaise foi, responsable envers l'acheteur de ne pas lui avoir révélé les vices rédhibitoires cachés¹ (C. civ., art. 1645²; C. civ. italien, art. 1502 et 1503; C. civ. allemand, art. 463 et 480), ou les défauts de droit en sa personne qui causeraient l'éviction de l'acheteur (C. civ., art. 1635³; C. civ. italien, art. 1490; C. civ. portugais, art. 1048 et 1558; de même en droit anglais : Jenks, 61, t. I, n° 420). Il en est de même du prêteur de mauvaise foi, pour les défauts de la chose préjudiciables à l'emprunteur (C. civ., art. 1891). — Il devrait en être de même du locateur de mauvaise foi et de lui seul, comme le décide le C. civ. italien (art. 1577). Mais notre jurisprudence, s'en tenant au texte de l'art. 1721, al. 2, du C. civ., qui ne fait aucune distinction, accorde au locataire l'action en indemnité aussi bien contre le bailleur de bonne foi que contre celui de mauvaise foi (Cass., 29 janv. 1872, D. 72.1. 123, S. 1873. 1. 221) : ce qui constitue une extension du principe de la responsabilité du propriétaire à raison des vices de son bâtiment, que l'art. 1386 établit pourtant d'une manière très étroite.

Quant au donateur, on accorde seulement, chez nous,

1. Il y a même dol de la part d'un vendeur qui n'a pas signalé une servitude sanitaire empêchant absolument de bâtir sur le terrain vendu, alors que l'acheteur a indiqué que c'était pour bâtir qu'il faisait l'acquisition. (Trib. Seine. 16 mai 1923. *Gaz. Pal.* 1923. 2. 183).

2. Tandis que le vendeur de mauvaise foi, c'est-à-dire qui connaissait les défauts de la chose, est tenu de tous dommages-intérêts envers l'acheteur (art. 1645), le vendeur de bonne foi, c'est-à-dire qui ignorait les défauts de la chose, n'est tenu que de restituer le prix et les frais (art. 1646). Dans le premier cas, il y a *dol* de sa part; dans le deuxième cas, simple *faute*. Or la responsabilité est toujours plus étendue en cas de dol qu'en cas de faute (art. 1150 et 1151).

3. Le fait de vendre un immeuble dont on sait n'être pas ou n'être plus propriétaire, est un genre de dol appelé *stellionat*, qui était puni dans notre ancien droit et l'est encore dans le droit vénézuélien, mais qui n'est plus, chez nous, qu'un délit civil ordinaire de dol (C. civ., art. 2059).

contre lui une action de dol, fondée sur l'art. 1382, s'il a cédé de mauvaise foi un immeuble dont il savait n'être pas propriétaire. (Planiol, 95, II, n° 2583). Le C. civ. allemand, suivi en cela par d'autres codes récents (C. civ. italien, art. 1077; C. civ. japonais, art. 551), accorde un véritable recours en garantie contre le donateur qui « dissimule dolosivement un vice de son droit » (art. 523), ainsi qu'une action en indemnité contre celui qui « dissimule dolosivement un vice de la chose donnée » (art. 524). Ce système a l'avantage d'empêcher de causer méchamment un préjudice sous le couvert d'une libéralité.

L'assuré est tenu, lors du contrat, de faire à l'assureur des déclarations exactes et complètes sur tout ce qui peut servir à déterminer la nature et l'étendue du risque; sinon l'assureur peut, pour cause d'erreur ou de dol, demander l'annulation du contrat (Cass. civ. 22 nov. 1921, S. 1923. 1. 81, et note Hugueney). L'art. 348 du C. com., qui consacre cette sanction en matière d'assurance maritime de navire, rend passible des peines de l'escroquerie la réticence dolosive de la partie qui contracte une assurance à un moment où elle n'a plus de doutes sur la disparition du risque qu'elle connaît : soit pour l'assuré déjà averti de la perte du navire, soit pour l'assureur déjà averti de l'arrivée du navire à bon port¹. C'est que le contrat d'assurance fait tout particulièrement appel à la bonne foi : « Les parties, dit M. Ripert (100, p. 86), n'y sont pas en état de défiance respective, et l'assuré doit s'adresser à l'assureur en toute franchise ou loyauté et le mettre en mesure de connaître exactement

1. C'est un des rares cas où le droit espagnol admette le dol par réticence (art. 1797). Dans le grand duché de Luxembourg, resté sous l'empire du code Napoléon, la loi du 16 mai 1891 (art. 10) vise l'annulation de l'assurance pour dol, fraude ou mauvaise foi du preneur d'assurance ou assuré.

le risque qu'il court. » Aussi n'accuse-t-on pas l'assuré de réticence, lorsqu'il est de bonne foi (Marseille, 4 juill. 1892, 3 août 1894 et 21 mars 1902, *Revue intern. du droit maritime*, VIII, 139, X, 456, et XXVII, 602).

La loi du 29 avril 1916 sur l'assistance maritime admet également une nullité du contrat pour réticence de mauvaise foi : c'est encore sous l'inspiration de cette idée que, dans les opérations de ce genre, les parties doivent agir en toute confiance. « On pourrait, comme le dit très justement M. Ripert (*loc. cit.*), étendre l'application de ce principe à tous les contrats dont le but est d'établir une collaboration des parties et notamment au contrat de société. » Faute de texte, la jurisprudence a simplement étendu autant que possible l'idée de dol pour atteindre le silence coupable de l'un des contractants (nombreux cas cités par M. Demogue, 40, I, p. 563-564).

Comme la mauvaise foi, le dol doit, en principe, s'apprécier surtout *in concreto*. Sa gravité dépend, en effet, de l'impression que son habileté a réussi à produire sur le trompé, qui, en raison de son intelligence ou des circonstances, était plus ou moins en état de résister aux fausses suggestions et avait à sa disposition plus ou moins de moyens de vérification. Ce sont les esprits frustes qu'il importe le plus de protéger, pour suppléer à leur inhabileté à se protéger eux-mêmes. On peut dire avec M. Perreau (93bis, p. 371) : « L'absence de culture intellectuelle, ou seulement juridique, ne doit et ne peut jamais être légalement un avantage pour personne ; mais afin qu'elle ne soit pas une occasion d'abus pour la mauvaise foi d'autrui, on doit rétablir par une protection en droit l'infériorité qu'elle occasionne en fait. » C'est aussi l'avis de la jurisprudence¹.

¹ Cass. Req. 11 mars 1862, S 1863. 1. 6. D. 1862. 1. 537 ; 13 déc. 1875, S. 1876 1. 78, D 1876, 1. 176. En matière de vente à tempérament de valeurs à

Pour savoir si l'erreur est uniquement imputable au dol, il faut aussi se demander si la victime n'a pas été négligente ou imprudente, spécialement en ne se renseignant pas sur des faits faciles à connaître (Cass. Req. 7 janv. 1901, D. 1901. 1. 128; Cass. belge, 4 mai 1905, Pas. 1905. 1. 205). C'est ce qu'on admet notamment en matière de réticence reprochée à l'assuré (G. Ripert, *Droit Maritime*, 2^e éd., III, n° 2421). Le C. civ. monténégrin dispose très bien : « Quiconque, au moment du contrat, *sait ou peut facilement savoir* qu'on le trompe et néanmoins donne son consentement, n'est pas considéré comme victime d'une fraude. » On peut dire, en effet, que le trompé fautif est victime de lui-même autant que du trompeur, et que par conséquent il ne mérite guère protection.

A l'inverse, le trompé irréprochable mérite protection, quel que soit l'auteur du dol. Cependant, par un souvenir du droit romain, notre Code, imité d'ailleurs par plusieurs codes étrangers¹, ne lui accorde une action en nullité que si le dol émane de l'autre partie, ou que tout au moins celle-ci en soit complice. Si, au contraire, le dol est l'œuvre exclusive d'un tiers, la victime n'a qu'une action en indemnité contre ce tiers personnellement, en vertu du principe général de la responsabilité délictuelle (C. civ., art. 1382) : on ne veut pas que la réparation du préjudice causé par le dol porte sur un autre que le coupable et se fasse aux dépens d'un cocontractant innocent. On n'en décide autrement que lorsqu'il

lots à un paysan, Trib. St-Etienne, 31 déc. 1900, D. 1902. 2. 115, et Trib. Vesoul, 3 juil. 1900, *Gaz. Pal.* 6 nov. 1900. En matière de police d'assurance à un illettré, Req. 30 avril 1900, S. 1906. 1. 307, D. 1902. 1. 288 (la convention visée est aujourd'hui interdite par la loi du 2 janv. 1902, art. 2).

¹ C. civ. italien, art. 111 et 1115; C. civ. espagnol, art. 1268 et 1269; C. civ. chilien, art. 1457 et 1458; C. civ. néerlandais, art. 1359 et 1364; C. civ. fédéral suisse des obligations, art. 24 et 26; etc.

est résulté du dol du tiers une erreur de nature à vicier le consentement (C. civ., art. 1109).

La complicité d'une partie au dol d'un tiers peut résulter du seul fait qu'elle en a eu connaissance et n'a pas averti l'autre partie¹. En cela, en effet, elle a commis une faute lourde de « commission par omission » qui équivaut à un dol; en vertu du principe qu'il y a l'équivalent d'un acte positif à s'abstenir dans un but frauduleux, lorsqu'on est tenu à un devoir spécial d'agir : cette abstention est un manque à la rigoureuse et active loyauté exigée entre les cocontractants. Cette solution a été consacrée par le C. civ. autrichien (art. 875). Le seul fait que la partie aurait pu et dû connaître les manœuvres du tiers, suffit-il à engager sa responsabilité quasi-délictuelle, en vertu de l'art. 1383 du C. civ. ? On peut l'admettre avec certains auteurs (Baudry-Lacantinerie et Barde, **10**, t. I, n° 109) et les législations suisse et allemande (Z. G. B., art. 24; B. G. B., art. 123, al. 2), en exigeant une loyauté diligente et irréprochable.

Le dol des tiers est moins répréhensible que celui des parties, puisqu'il émane d'une personne étrangère au lien contractuel et non tenu d'une loyauté particulière; mais il n'est que plus dangereux, par l'impression qu'il est susceptible de produire de la part d'une personne pouvant paraître désintéressée. Le C. civ. portugais (art. 663, al. 1) admet comme cause de nullité « l'erreur provenant du dol ou de la mauvaise foi de l'un des contractants ou d'un *tiers directement intéressé* à la convention ». Le C. civ. mexicain (art. 1296) dit à peu près de même. Le C. civ. allemand (art. 123, al. 2) et le C. civ. argentin (art. 935) admettent comme cause de nullité tout

1. Cass. Req. 5 déc. 1838, S. 1838, I, 951. Doctrine en ce sens : Aubry et Rau, 5, t. IV, § 343 *bis*, p. 506; Baudry-Lacantinerie et Barde, 7, t. I, n° 209; Demogue, 40, t. I, p. 578; etc.

dol émanant d'un tiers. Il y a là une conception du dol beaucoup plus large que la nôtre et cadrant mieux avec la notion de dol délit civil. Il est vrai que notre jurisprudence aboutit à un résultat analogue sous une autre forme, en accordant contre le tiers *fraudator*, sinon une action de dol, du moins une action en responsabilité du droit commun, qui peut aboutir, non seulement à des dommages-intérêts, mais même à une réparation en nature et à une annulation de l'acte dolosif ou frauduleux. (Paris, 12 fév. 1924, *Rev. de droit bancaire* 1924, p. 236, et *R. trim.*, p. 687; Cour d'Alexandrie, 18 nov. 1925, *Bull. de législ. et jurispr.*, XXXVIII, p. 54).

On a bien dû, chez nous aussi, admettre comme cause de nullité le dol des tiers dans les actes unilatéraux, tels que le testament (Cass. Req. 27 juin 1887, S. 1887. I. 419, D. 1888. I. 303, etc.; V. cep. Trib. Bruxelles, 29 juillet 1907, *Loi* 28 sept. 1907, *Pas.*, 1907. 3. 274), la reconnaissance d'enfant naturel (sol. implic. Poitiers 30 déc. 1907, S. 1909. 2. 313, avec note Tissier, D. 1910. 2. 245), la ratification tacite (Besançon, 27 nov. 1862, D. 1862. 2. 214), etc. Pour les acceptations de successions, nous avons même, en ce sens, un texte, l'art. 783 du C. civ, dont la formule, plus large que celle de l'art. 1116, ne distingue pas de qui émane le dol. D'autre part, il est traditionnel d'admettre la même solution dans les donations (Cass. Req. 27 juin 1887, D. 1884. I. 304, S. 1887. I. 419), en raison de ce que la libre volonté de donner ou de léguer est de l'essence des actes gratuits; et la jurisprudence se montre particulièrement sévère pour apprécier la liberté de la volonté exprimée par le donateur, en annulant pour *suggestion* ou *captation*, qui n'est qu'une forme de dol, les libéralités dictées par des manœuvres artificieuses ou inspirées par des allégations ou des insinuations mensongères (Cass. Req. 6 déc. 1909, D. 1910, I. 455). Ces diverses déci-

sions ne doivent-elles pas être considérées, non comme constituant des exceptions à la règle, mais bien comme rentrant dans le principe général sus-énoncé, selon lequel tout acte dolosif ou frauduleux peut être annulé, principe auquel l'art. 1116 du C. civ. ne ferait qu'apporter en faveur des tiers une restriction propre aux contrats et ne devant pas être étendue? En tout cas, l'on conçoit que l'exigence de la bonne foi se modèle à la nature des actes, et qu'elle soit plus rigoureuse dans ceux inspirés par une pensée de bienfaisance que dans ceux où l'égoïsme des mobiles est la règle.

Les *incapables* n'échappent pas aux conséquences de leur dol, spécialement lorsqu'ils se font fallacieusement passer pour capables auprès de leur cocontractant. Mais, pour engager sa responsabilité et l'empêcher de pouvoir demander la restitution contre ses engagements, il ne suffit pas que le *mineur* ait simplement déclaré être majeur, s'il n'a pas usé de manœuvres frauduleuses pour persuader de ce mensonge son cocontractant (C. civ., art. 1307; C. civ. italien, art. 1305, disposition remontant au *C. de Justinien*, II. 43) : on considère qu'il n'y a pas de dol dans le simple mensonge sur son âge (Langres, 23 mars 1887, *Gaz. Pal.*, 1887, 2, suppl. 19). Celui qui traite avec un jeune homme doit lui-même prendre garde à l'âge, et en cas de doute, exiger la production d'un extrait d'acte de naissance; il ne saurait se reposer sur sa bonne foi naïve ou négligente pour se prévaloir de la mauvaise foi du mineur, dont la jeunesse atténue la gravité.

Il en est de même pour l'*interdit* ou la personne pourvue d'un conseil judiciaire : son cocontractant n'a qu'à se renseigner, puisque le jugement d'interdiction ou de nomination de conseil judiciaire a été rendu public. Mais il faut reconnaître que cette publicité est bien insuffisante et laisse

la porte ouverte à bien des surprises. Dans certains pays, en Italie, en Espagne, en Portugal, il est tenu un registre spécial pour les personnes en tutelle; il est vrai que ce n'est qu'une mesure administrative.

Ne voyant dans les dispositions de l'art. 1307 qu'une application de cette règle que chacun doit s'assurer de la capacité de celui avec qui il contracte, le jurisprudence en étend le bénéfice à la *femme mariée*. Elle décide, par suite, que la simple déclaration d'une femme mariée qui dans un acte s'est qualifiée veuve, ne met pas obstacle à ce qu'elle poursuive ultérieurement la nullité de cet acte en raison du défaut d'autorisation maritale (Cass. civ. 6 avril 1898, S. 1902. I. 460, D. 1898. I. 305). Cependant, une jurisprudence plus sévère s'est formée contre la femme mariée sous un régime restrictif comme le régime dotal : depuis 1850, la plupart des arrêts se contentent d'une simple déclaration mensongère de capacité, pour admettre le dol¹; c'est dans le but de protéger la bonne foi contre des tromperies fréquentes et pouvant être très difficiles à déjouer.

Notre jurisprudence hésite ainsi entre la protection de l'incapacité et celle de la bonne foi. Il faudrait concilier l'une avec l'autre (G. del Vecchio, *Essai sur les principes généraux du droit*, R. crit. 1925, p. 243). C'est ce qu'a essayé de faire le Code fédéral suisse en son art. : « Si elle (la partie incapable) s'est faussement donnée pour capable, elle est responsable envers la partie induite en erreur du préjudice qu'elle lui a causé. » Peut-on bien dire, en effet, que l'incapable, surtout s'il s'agit d'une femme mariée, mérite protection même au détriment d'un cocontractant dont il a abusé

1. Cass., 4 juill. 1877, S. 1877, I. 455; 16 févr. 1880, S. 1881. I. 351; Req. 23 nov. 1885 S. 1886. I. 5 et note Labbé.

de la bonne foi? Pour le mineur lui-même, ne serait-il pas juste de décider, comme le fait la jurisprudence anglaise (Jenks, 61, t. I, p. 238), qu'il soit tenu de restituer, dans la mesure du possible, la chose qu'il a obtenue par une fausse déclaration?

Nous aboutissons ainsi à une conception générale du dol beaucoup plus compréhensive que celle qui paraissait résulter de la conception traditionnelle du dol vice du consentement, basée sur l'art. 1116 du C. civ. A proprement parler, le dol constitue-t-il jamais un vice du consentement? De même que dans le cas de violence, le vice c'est la crainte, de même, dans le cas de dol, le vice n'est-il pas l'erreur? Et comme il y a des dispositions spéciales sur l'erreur, il se trouve que le domaine le plus propre au dol se compose des cas où l'erreur serait à elle seule indifférente, c'est-à-dire des cas d'erreur accidentelle, secondaire, précisément ceux dans lesquels le consentement n'est pas entamé. (Bourcart, note sous Nancy, 4 avril 1906, S. 1926. 2. 241). On admet bien que le dol n'est pas un vice du consentement, mais un délit civil, régi par l'art. 1382, lorsqu'il émane d'un tiers. « Par quelle métamorphose miraculeuse, dit M. Bourcart, le dol se transforme-t-il en vice du consentement lorsqu'il émane de la partie contractante? Et combien est-il plus satisfaisant de déclarer, avec Marcadé, que la différence provient tout simplement de ce que le procédé de la nullité n'est praticable que vis-à-vis du contractant, qu'il ne l'est point vis-à-vis d'un tiers » (Marcadé, 4^e éd. t. IV, p. 358-359, sur l'art. 1116).

Quel qu'en soit l'auteur, le dol est toujours en soi la même fraude, une violation de l'obligation d'agir avec bonne foi, qui constitue un délit civil et tombe sous le coup de l'art. 1382, lorsque ce n'est pas sous celui de l'art. 1116. De ce

fait, il oblige à une réparation adéquate au préjudice causé, et le moyen de réparation le plus direct et le plus efficace est généralement la nullité de l'acte illicite. On en arrive à ériger, avec M. Demogue (40, t. I. p. 542 et 593), en principe que ce qui a été fait par dol ou par fraude doit en général être annulé. A défaut d'autre texte, l'art. 1382 le permet-il, comme le pensent les auteurs précités? Si le résultat habituel de l'action en responsabilité est une indemnité pécuniaire, on admet aussi des restitutions, des remises de choses dans l'état antérieur, des réparations en nature, des inopposabilités de clauses ou de recours, qui équivalent à des annulations limitées; il est tout naturel d'admettre l'annulation elle-même, lorsqu'elle est le moyen de réparation le meilleur et le plus conforme au préjudice causé, et qu'elle remplit ainsi le but de l'art. 1382. (Bourcart, *loc. cit.*). Ce système large et souple permet de donner satisfaction à la partie lésée, tout en respectant les droits acquis des tiers de bonne foi.

L'opinion consistant à réduire ainsi, dans tous les cas, l'action de dol à une action en indemnité, qui, étant dirigée contre un cocontractant, trouve sa forme la plus adéquate dans l'annulation du contrat, a été soutenue notamment par les auteurs italiens Chironi et Abello (*Dir. civ. ital.*, t. I, p. 483). Mais ces auteurs réduisent cette action à une application de la *culpa in contrahendo*, dont ils ont, à la suite d'Ihering, développé la théorie. On peut bien dire que la relation précontractuelle qui naît des pourparlers, est dominée par une obligation de diligence, ou mieux de prudence, qui a pour principale fin d'éviter d'induire l'autre partie en erreur. Mais pourquoi vouloir baser cette source de responsabilité sur un contrat qui n'est pas encore né, qui peut-être ne naîtra jamais? Le principe général de la responsabilité

extra-contractuelle établi par l'art. 1382 du C. civ., n'est-il donc pas suffisant. (Demogue, **40**, t. I, p. 101)? Il doit en être ici comme pour le dol : cette obligation de prudence qui doit régir les pourparlers, va de pair avec celle de loyauté qui doit régir le contrat¹.

1. L'examen de la théorie de la *culpa in contrahendo* se rattache à l'étude de la responsabilité plutôt qu'à celle de la bonne foi. Comme l'a exactement noté Ihering (*Culpa in contrahendo*, Œuvres choisies, trad. de Meulenaere, t. II, p. 31), c'est un système de protection de l'apparence plutôt qu'un système de protection de la bonne foi : celui qui a créé l'apparence d'engagement peut être lui-même de bonne foi.

CHAPITRE II

La bonne foi exigée dans les prestations des parties

Justitia in rebus creditis fides nominatur.

CICÉRON, *Part. or.*, 22.

Lorsqu'une parole est sortie de tes lèvres observe-la et fais selon ce que tu as promis, ayant parlé de ta propre volonté et par a bouche.

DEUTÉRONOME, XXIII, 23.

Le respect mutuel et strict de la bonne foi, qui est exigé au moment de la formation du lien obligatoire, sous couleur d'assurer la liberté des consentements et d'empêcher les abus perfides de la spéculation, l'est encore quand il s'agit d'exécuter l'obligation conformément à l'engagement pris ou à la parole donnée, à ce qu'on a appelé la « foi jurée ».

Les conventions, recommande notre C. civ. (art. 1134, al. 3)¹, « doivent être exécutées de bonne foi ». Elles « doivent être fidèlement exécutées », dit le C. civ. portugais (art. 702). Elles doivent l'être « en conscience et de bonne foi », dit le C. civ. monténégrin (ar. 524). Et dans ce dernier Code, rédigé par M. Bogisie en 1888, il est curieux de lire, à la partie explicative (art. 906), cette image piquante : « La pierre une fois lancée ne revient pas dans la main, ni la parole dans la bouche. Et en effet, le vrai fondement de

1. De même le C. civ. japonais (art. 330), etc.

toutes les relations et de la vie sociale est la règle que la parole lie les hommes. » La bonne foi, c'est ici, avant tout, la *promissorum veritas*¹, la *fidélité* à l'obligation contractée (*Vertragstreue*) (ou déclarée) : la fidélité intelligente et consciencieuse, celle du bon père de famille (C. civ. espagnol, art. 1104) ou de l'honnête homme (Danz, **36**, p. 145), celle qui ne s'en tient pas à ce qui a été exprimé, mais suit l'intention des parties (ou du déclarant) et le but du contrat (ou de la déclaration). (Aubry et Rau, **10**, t. IV, p. 563). Ainsi, pour prendre un exemple, il a été jugé que les conditions d'une transaction imposant certains travaux, en l'espèce des travaux de soutien de charpente, étaient valablement remplies, alors qu'ils atteignaient complètement ce que les contractants voulaient assurer, en l'espèce la solidité de la maison, encore bien que, sur certain point, ils ne fussent pas absolument conformes aux indications littérales du traité (Cass. Req. 21 janv. 1887, S. 1887. I. 420).

La rigueur de la fidélité d'exécution se modèle aux usages et à l'équité, sinon à la loi, en même temps qu'à la nature de l'obligation (C. civ. art. 1135). Le C. civ. allemand (art. 242) déclare : « Le débiteur est obligé d'effectuer la prestation comme l'exige la bonne foi (*Treu un Glauben*) eu égard aux usages des affaires (*mit Rücksicht auf die Verkehrssitte*). » Les auteurs font également appel aux notions de convenance (*Angemessenheit*) et d'équité (*Billigkeit*), justement régulatrices des intérêts opposés, lorsque les parties et le législateur n'y ont pas pourvu (Shneider, **111**, p. 133). Application est faite de ces idées par l'art. 567 à la cessation de

1. Francisque Hottman a donné cette définition : « Bona fides proprie dicitur quod quod promissum est præstat » (*Commentarius verborum juris. antiquitatum romanorum et clementis amplificatus*).

bail et au droit d'expulsion appartenant au bailleur, dans le cas où il y a une raison d'humanité, approuvée par les usages en cours, à ne pas expulser le preneur au jour dit : disposition devenue aujourd'hui de circonstance et appliquée, chez nous, de si large façon en faveur de celui que, par un abus de langage, on appelle « le locataire de bonne foi », c'est-à-dire celui qui remplit ses principales obligations. Reste à savoir comment entendre cette équité, que Stammeler et d'autres conçoivent sous un point de vue particulier d'idéal social. Il faut, selon M. Saleilles (*Code civil allemand traduit et annoté*, sous l'art. 138), s'inspirer des mêmes tendances qui servent à fournir le critérium de l'acte contraire aux bonnes mœurs d'après l'art. 138. Pour ne pas s'éloigner des réalités positives, c'est surtout sur la mesure d'application des usages appropriés, que devra porter l'équité.

L'équité se manifeste aussi sur la mesure de la responsabilité du débiteur selon sa bonne ou sa mauvaise foi. En principe, la bonne volonté qu'il doit apporter à l'exécution fidèle de ses obligations doit être aussi diligente que possible. Les tribunaux ont toujours décidé que les contractants devaient faire tout leur possible pour tenir exactement les engagements assumés par eux, malgré les difficultés qui peuvent s'élever au cours de l'exécution du contrat (Cass. 11 juillet 1899, D. 1900. 1. 374). La rigueur de cette règle s'est particulièrement fait sentir dans les dures circonstances de la guerre. Cependant, l'on admet un tempérament, c'est que les contractants ne sont pas tenus d'accomplir des travaux ou de faire des sacrifices pécuniaires d'importance disproportionnés avec l'utilité du but à atteindre (R. Cassin, 27, p. 574).

A part cette exceptionnelle atténuation d'équité, la responsabilité du débiteur n'a d'autre limite que le cas fortuit

ou la force majeure (C. civ., art. 1148), comme un fait de guerre, en un mot l'impossibilité d'exécution. Comme le dit le C. civ. monténégrin (art. 541, al. 2), « en général, le débiteur répond même du dommage causé par sa faute légère. » Mais, en bonne justice, cette responsabilité se trouve plus ou moins engagée selon la bonne ou la mauvaise foi de son auteur. Si c'est volontairement qu'il a inexécuté ou violé ses obligations, avec toute la conscience de sa faute, sa responsabilité est entière. Si, au contraire, c'est par simple négligence ou légèreté qu'il a agi ou s'est abstenu, le défaut de conscience de la gravité de sa faute doit atténuer sa responsabilité. Il faut reconnaître, avec M. Demogue (41, p. 126), que cette notion claire de la justice n'a, jusqu'à présent, été traduite dans notre droit civil que d'une façon très grossière, alors qu'elle inspire couramment la répression pénale. En matière civile, on ne trouve, comme approximation, que la distinction classique des fautes lourdes et légères, à propos du destinataire, du mandataire, etc., et la disposition de l'art. 1150 du C. civ¹.

En vertu de cette dernière disposition traditionnelle de notre Code, adoptée par la plupart des codes étrangers², celui qui n'exécute pas son obligation est responsable de tous les dommages directs qui résultent de ce manquement, lorsqu'il s'est rendu coupable d'un « *dol* », ou plus exactement d'une *fraude*, c'est-à-dire lorsque son manquement est intentionnel; il n'est tenu, au contraire, que des dommages

1. Quant à l'art. 1153, al. 4 (loi 7 avril 1900), qui parle de supplément d'indemnité pour retard de *mauvaise foi* à payer une dette de somme d'argent, il semble bien qu'il emploie par là une formule vicieuse et qu'il ne déroge pas au principe général de l'art. 1382, que par conséquent il s'applique au cas de simple faute. (Planiol, 95, t. II, n° 270; Colin et Capitant, 31, t. I, p. 29; Cass. Civ. 16 juin 1903, D. 1903, I. 407, S. 1905, I. 260).

2. C. civ. italien, art. 1227; C. civ. espagnol, art. 1107; C. civ. belge, art. 1157; C. civ. japonais, art. 385; etc.; mais non le C. civ. allemand, art. 249.

qu'il a prévus ou pu prévoir lors du contrat, lorsqu'on ne peut lui reprocher qu'une faute inintentionnelle. Une importante application de cette limitation de la responsabilité du débiteur par l'effet de la bonne foi, est faite aux dommages-intérêts dus par les compagnies de transports pour perte de malles contenant des objets de valeur : les tribunaux modèrent l'indemnité, en se réglant sur la valeur habituelle des bagages que les voyageurs transportent avec eux. (Cass. 9 juill. 1913, S. 1913. 1. 460¹).

Il est juste de tenir compte de l'intention dans l'évaluation de la responsabilité. A vrai dire, l'intention délictuelle transpose hors du contrat la cause de la responsabilité : les conséquences d'un dol ou d'une fraude n'ont pu légitimement entrer dans les prévisions des parties; l'obligation de réparer ces conséquences dérive de ce fait nouveau, volontaire et illicite, donc délictueux, qu'est le dol ou plus exactement la fraude du débiteur. Ce dol commis dans l'exécution de l'obligation, est aussi délictueux que celui commis dans sa formation (P. Hugueney, 58, p. 232). Il est vrai qu'il change de nom : c'est une *fraude*, si, selon l'usage et malgré la terminologie de l'art. 1150, l'on réserve le terme de *dol* à la tromperie s'exerçant sur la volonté d'un cocontractant, et qu'on appelle fraude l'atteinte intentionnelle aux droits acquis. Mais l'habit ne fait pas l'homme : la fraude est aussi coupable que le dol. Pour les Romains, de qui nous viennent ces notions, la fraude, comme le dol, constituait un délit : il n'y a pas de raison que sa nature essentielle ait changé. La différence, d'ailleurs, n'est pas tellement grande entre

1. Une discussion s'est élevée de savoir si la prévision ou la prévisibilité des dommages doit porter seulement sur leur cause ou également sur leur quotité. La Cour de Cassation a récemment tranché la question dans le second sens, le texte ne faisant aucune restriction (Civ. 7 juil^l. 1924, S. 1925. 1. 321, note Lescot, D. 1927, 1. 119).

ces deux violations de la bonne foi : frustrer un créancier, n'est-ce pas tromper sa confiance et décevoir sa légitime attente ? Et dans tous les cas, aussi bien de fraude que de dol, jamais on ne peut à l'avance se décharger de la responsabilité qu'on peut encourir de ce chef : la faute délictueuse, peut-on dire, se trouve soustraite à l'autonomie de la volonté (P. Hugueney, 58, p. 234).

Cette faute délictueuse est commune au débiteur qui refuse d'exécuter son obligation et à celui qui se met volontairement dans l'impossibilité de l'exécuter. A ce dernier cas se rattache la disposition de l'art. 1178 du C. civ. (de même, C. civ. espagnol, art. 1119; C. civ. allemand, art. 162; C. fédéral suisse, art. 176; etc.), qui fait retomber sur le débiteur, en la réputant accomplie, la condition d'où dépendait la naissance de son obligation, lorsqu'il en a empêché l'accomplissement : la défaillance frauduleuse de la condition est assimilable à l'inexécution frauduleuse de l'obligation.

La *fraude du débiteur* peut constituer, non seulement un délit civil, mais même un délit pénal, sous l'une des formes suivantes :

1° L'*abus de confiance*, qui est une spoliation par déloyauté, comme l'escroquerie est une spoliation par tromperie. Le texte de notre C. pénal (art. 405) limite le champ de cette infraction à quatre contrats : le dépôt, le mandat, le prêt à usage et le nantissement; la vente y reste étrangère. Plus large est la rédaction du C. pénal néerlandais (art. 317), qui vise la détention de la chose d'autrui obtenue autrement que par un délit.

Constituent des variétés particulières d'abus de confiance les *détournements de gage* prévus et punis par les lois du 10 juillet 1885 sur l'hypothèque maritime (art. 33), du 5 juillet

1917 sur l'hypothèque fluviale (art 33) et du 30 avril 1906 (art. 14) sur les warrants agricoles.

2° La tromperie dans les livraisons de marchandises lorsqu'elle est postérieure au contrat (loi 1^{er} août 1905, art. 1).

3° La distribution de dividendes fictifs (loi du 24 juillet 1866, art. 15-3°). Bien que la loi le soumette aux peines de l'art. 405 du C. pénal, relatif à l'escroquerie, ce délit, commis par les gérants ou administrateurs d'une société qui prennent sur le capital pour donner des dividendes à leurs actionnaires, se rapproche plutôt de l'abus de confiance.

4° La destruction volontaire par l'assuré du bâtiment ou de la chose assurée, qui est punie par quelques législations étrangères (C. pén. néerlandais, art. 328; C. pén. italien, art. 414), non par la nôtre (C. com., art. 353, sur la banqueroute de patron).

5° La *banqueroute*, frauduleuse ou simple (C. com., art. 584 et s.), par laquelle le débiteur se met, soit frauduleusement, dans le premier cas, soit par simple imprudence ou légèreté, dans le deuxième cas, dans un état d'insolvabilité qui l'empêche de remplir ses engagements : ce qui aboutit à une spoliation générale et systématique des créanciers.

Il y a fraude, non seulement quand le débiteur s'approprie ce qui appartient ou ce qui revient à ses créanciers, mais encore lorsque, pour se mettre dans l'impossibilité de payer ou tout au moins d'être poursuivi en paiement, il fait disparaître son actif qui, en vertu de l'art. 2092 du C. civ., leur sert de gage naturel et général : la loi accorde au créancier lésé une action traditionnelle, appelée *Paulienne* en souvenir de son origine romaine, qui lui permet de faire révoquer l'acte passé par le débiteur en fraude de ses droits. (C. civ., art. 1167; C. civ. italien, art. 1265; C. civ. roumain, art. 975 et 976; etc.). C'est une fraude, à la fois à la con-

fiance témoignée par le créancier qui n'a pas exigé de garantie spéciale et s'est contenté de suivre la foi de son débiteur, et surtout à la loyauté avec laquelle celui-ci est tenu de remplir ses engagements : c'est la même chose que ne pas vouloir s'exécuter (inexécution directe) ou se mettre dans l'impossibilité de le faire, en passant des actes qui créent ou augmentent son insolvabilité (inexécution indirecte).

Si c'est un acte à titre gratuit, la fraude apparaît *ipso facto*, qui consiste à faire une libéralité aux dépens de ses créanciers¹. Si c'est un acte à titre onéreux, la fraude résulte de ce qu'il vise à soustraire le bien aliéné à l'action des créanciers. Une intention positive de nuire n'est pas nécessaire; une simple conscience du préjudice suffit, pour que le débiteur manque à la bonne foi qui doit présider à l'exécution de ses engagements. Elle se déduit suffisamment de la connaissance de sa situation et des conséquences d'insolvabilité découlant de son acte. Cette conception était admise en droit romain (Julien, 17, § 1, *Dig., Quæ in fraude-credit.*, XLII). Elle est suivie par notre jurisprudence (Cass. civ., 18 déc. 1893, D. 1894. I. 263, S. 1896. I. 134), ainsi que par la jurisprudence italienne (Baicoianu, 8, p. 96), la jurisprudence roumaine (*op. cit.*, p. 141), etc. Elle est expressément consacrée par le C. civ. portugais (art. 1036 *in fine*) et le C. civ. japonais (art. 330, al. 2). Ce dernier texte dispose : « Il y a fraude lorsque le débiteur diminue son actif ou augmente son passif, sachant que l'acte nuira à ses créanciers. » — La jurisprudence suisse va encore plus loin.

1. Des législations récentes; comme celles du Portugal (C. civ., art. 1030), surtout de l'Allemagne (loi 21 juill. 1879), de l'Autriche (loi 16 mars 1884) et de la Suisse (loi 11 avril 1889) ne font plus appel à la notion de fraude présumée, mais simplement à celle du préjudice et de l'enrichissement injuste; un créancier doit toujours être préféré à un donataire (Baicoianu, 8, p. 168, 205 et 216).

Bien que la loi fédérale du 11 avril 1889 exige l'intention de fraude (art. 288), le Tribunal fédéral considère qu'il y a fraude dès que le débiteur aurait dû normalement prévoir le préjudice comme une conséquence naturelle de l'acte (Baïcoianu, **8**, p. 215).

Pour faciliter la preuve, souvent impossible, de la fraude, plusieurs législations ont admis des présomptions légales. La loi anglaise de 1571 (Statut 13 d'Elisabeth, c. 5) en tire d'un certain nombre de circonstances déterminées : clauses inusuelles de l'acte, « *trust* » entre les parties au bénéfice du disposant, etc. (Jenks, **61**, t. I. p. 56; Baïcoianu, **8**, p. 221). Les législations allemandes (loi 21 juillet 1879, art. 3), autrichienne (loi 16 mars 1884, art. 29 et 30) et serbe (C. civ. art. 303 a.) présument frauduleux lorsqu'il est préjudiciable aux créanciers, tout acte passé entre conjoints ou proches parents ou alliés, ou, pour le droit serbe, entre membres d'une même « *Zadrouga* » (communauté familiale).

On a beaucoup discuté sur la nature de l'action Paulienne ou révocatoire, pour savoir si elle constituait une action en nullité ou une action en indemnité, ou encore une action mixte. L'une et l'autre conceptions peuvent, de façons différentes, trouver leur place dans une théorie générale de la fraude et de la bonne foi; mais c'est la seconde qui y cadre le mieux. Si, comme nous l'avons vu, la fraude est un délit civil, délit contre la bonne foi, elle engendre nécessairement l'obligation de réparer le dommage causé (Planiol, **95**, t. II, n. 319), et cette réparation se fait en nature, lorsque tel est le mode le plus adéquat. D'ailleurs, le caractère délictuel se retrouve nettement à l'origine romaine de cette action traditionnelle, née d'un fait illicite, et, en dépit de diverses modifications, il n'a cessé de prédominer, tant en France¹

1. Planiol, **95**, t. II. n° 327; Colin et Capitant, **31**, t II, p. 55; Baïcoianu, **8**;

qu'à l'étranger¹, particulièrement en Allemagne², en Autriche et en Suisse (*Deliktspauliana*)³.

Dans les contrats synallagmatiques, la *réciprocité* de la bonne foi due par chacune des parties à l'autre, est telle qu'aucune ne doit réclamer à l'autre l'exécution de son engagement sans offrir elle-même ce qu'elle doit. C'est l'exécution trait pour trait » (*Erfüllung Zug um Zug*), ou « donnant, donnant », sanctionné : 1° par l'exception *non adimpleti contractus*, qui a origine dans l'exception de dol romaine, qui était sous-entendue dans les contrats de bonne foi; 2° par l'action en *résolution* de l'article 1184 du C. civ. (Planiol, 95, t. II, n° 949); 3° par le droit de *réten-tion* (Aubry et Rau, 7, t. III, § 256 bis, note 5, p. 115).

Il y a là un fondement équitable et juridique du droit de réten-tion qui doit valoir, quoique avec une force atténuée, non seulement dans les cas où les obligations réciproques ont une commune origine contractuelle, mais encore dans ceux où elles dérivent de faits différents et n'ont d'autre connexité que celle de se rapporter à la même chose (*debitum cum re junctum*). En réalité, c'est plutôt l'équité que la bonne foi elle-même, qui est à la base du droit de réten-tion, comme du droit d'inexécution et du droit de résolu-

p. 72; Hue, *Commentaire du C. civ.*, t. VIII, n° 217 et 229; Acher. *Essai sur la nature de l'action Paulienne*. R. trim. 1906, p. 85 et s. En le même sens, Cass. 30 juill. 1884. S. 1885. 1. 77.

1. En ce sens, la très grande majorité de la doctrine et de la jurisprudence italiennes, de la doctrine roumaine (la jurisprudence roumaine n'est pas fixée), etc. (Baicoianu, 8, p. 111, 149, etc.).

2. Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. II, § 191, et surtout *Leitfaden des deutschen Konkursrechts*, 1903, p. 124 et s.

3. Ces législations ont ceci de particulier qu'elles ont fait rentrer la réglementation de l'action révocatoire dans l'organisation générale de la déconfiture. L'action Paulienne du délit (*Deliktspauliana*) s'oppose, spécialement en droit suisse, à celle des donations (*Schenkungs-pauliana*), s'appliquant, en dehors de toute idée de fraude, aux actes à titre gratuit ou assimilés, et à celle de l'insolvabilité (*Ueberschuldungspauliana*) s'appliquant de la même manière aux actes suspects, passés à une période avoisinant la faillite (loi fédérale 11 avril 1889, art. 285 à 292) (Baicoianu, 8, p. 188 et s.).

tion. Le véritable rôle de la bonne foi, soigneusement défini par M. Cassin (27, p. 556 et s.), est celui d'une condition générale à l'exercice de ces droits.

Il y a des contrats où l'obligation d'agir de bonne foi est particulièrement rigoureuse : ce sont ceux qui sont basés sur une confiance plus étendue ou plus suivie, ou qui mettent l'une des parties dans une certaine mesure à la discrétion de l'autre. C'est, avant tout, le contrat de *société* sous ses diverses formes. Il est vrai que les associés ont un pouvoir constant de contrôle les uns sur les autres. La loi exige expressément la bonne foi pour la validité de la renonciation d'un associé, afin qu'il ne renonce pas pour s'approprier à lui seul le profit commun (C. civ., art. 1870; de même, C. civ. portugais, art. 1278). La jurisprudence interprète très largement cette prescription : la considérant comme simplement énonciative, elle l'étend à tous les cas de mauvaise foi ou même de simple inopportunité (Nancy, 19 mars 1892, 1893. 2. 21).

Dans le contrat d'*assurance*, l'assuré doit porter certains faits à la connaissance de l'assureur, et la jurisprudence prononce la nullité pour réticences postérieures au contrat, « sanctionnant ainsi, dit M. Ripert (100, p. 284, et *Droit maritime*, 2^e éd., t. III, n^o 2425), l'obligation pour l'assuré de traiter l'assureur comme une sorte d'associé ». — Dans le contrat de mandat, le mandataire doit agir, comme disent les auteurs anglais, avec une *uberrima fides* à l'égard de son mandant et au profit exclusif de ce dernier. Il est tenu, non seulement de lui rendre compte, mais encore de ne rien lui cacher des faits relatifs aux opérations effectuées pour son compte. (Jenks, 61, t. I, p. 158). Même la faculté pour les parties de résilier le contrat ne doit être exercée ni par le mandataire, ni par le mandant, d'une façon intempestive (Lyon, 6 avril 1895, D. 1895. 2. 431).

L'obligation de se comporter de bonne foi, ou tout au moins sans fraude, existe, non seulement vis-à-vis des personnes avec qui l'on contracte, mais encore vis-à-vis de celles qu'on est chargé de protéger : le représentant légal vis-à-vis de l'incapable, le mari vis-à-vis de la femme.

La jurisprudence relative aux pouvoirs du mari sur la communauté est particulièrement intéressante à cet égard. La règle que le mari est tenu d'agir sans fraude, était déjà admise dans notre ancien droit; elle était expressément formulée dans la Coutume de Paris (art. 225). On ne la retrouve pas dans le C. civ. L'art 243 décide bien que le mari ne peut consentir une aliénation ou contracter une obligation en fraude des droits de la femme, sous peine de nullité; mais il restreint cette règle aux actes passés au cours de l'instance en divorce et à la condition que le divorce soit prononcé. Pourtant, malgré l'absence de texte, personne ne doute que le mari, quelque étendus que soient ses pouvoirs, ne doive les exercer sans fraude¹, et la jurisprudence n'hésite pas à prononcer la nullité de ses actes, toutes les fois qu'ils tendent à frustrer la femme ou ses héritiers dans leur part de la communauté (Cass. civ., 8 juill. 1912, D. 1913, 1.409, avec note Guénée, S. 1913. 1. 308; Req., 28 mars 1898, 1. 330)². L'acte frauduleux est tout acte constituant un abus de droit ou un détournement de pouvoir; il est spécia-

1. Aubry et Rau, 7. 5^e éd., t. VIII, § 509; Baudry Lacantinerie. Le Courtois et Surville. *Contrat de mariage*, t. I, n^o 649; Planiol, 95. 9^e éd., t III, n^o 1022; Colin et Capitant. 31. 3^e éd., t. III, p. 140; Ripert, 100, p. 287-289; Véron, 126; Planiol et Ripert, en collab. avec Nast. *Régimes matrimoniaux*, I (t. VIII), p. 609 et s.

2. « Attendu, dit un récent jugement du Tribunal de Lille, que, administrateur et chef de la communauté, il (le mari) avait sans doute, aux termes de l'art. 1421 du C. civ., le droit de disposer à son gré des biens communs, tels que les dites valeurs, mais à une condition, toujours sous-entendue dans la loi et dont l'art. 243 du C. civ. ne fait qu'une application particulière, à savoir de ne pas abuser de ses pouvoirs en fraude des droits de la femme. » (Schernu c/ Vereecke, 18 nov. 1927).

lement caractérisé par l'intention de porter atteinte aux droits de la femme ou de ses héritiers (Planiol et Ripert, en collab. avec Nast, *op. cit.*, p. 612). Et la jurisprudence est très large pour en admettre la preuve (Cass. civ., 8 juill. 1912, préc.; Civ., 11 nov. 1895, D. 1896. 1. 44, S. 1896. 1. 281, avec note Houpin).

Dans son arrêt précipité du 8 juillet 1912, la Cour de Cassation a essayé de rattacher sa décision à l'art. 1477 du C. civ.; mais il est douteux que des actes passés pendant la durée de la communauté en vue de s'approprier des biens en dépendant, puissent constituer le recélé prévu au cas de partage (Guénée, note précipitée; Ripert, **100**, p. 289). L'inopposabilité à la femme ou à ses héritiers des actes frauduleux du mari se rattacherait mieux à l'art. 1167, si elle n'avait un champ d'application beaucoup plus étendue que l'action paulienne : l'action de la femme ou de ses héritiers pour fraude du mari peut être exercé contre un acte quelconque, matériel ou juridique, sans que le mari soit devenu insolvable et sans avoir à justifier d'une créance contre lui ou la communauté; il suffit d'un droit réel et d'un préjudice.

En réalité, les diverses actions pour fraude se rattachent à un principe commun. MM. Planiol, Ripert et Nast (*op. cit.*, p. 611) disent très bien à ce sujet : « L'art. 1167 n'établit aucun principe général : il n'est lui-même qu'une application particulière d'un principe non formulé expressément dans le Code civil, et suivant lequel la victime d'une fraude a droit à la réparation du préjudice qu'elle a subi. » Principe dont la maxime « *Fraus omnia corrumpit* » n'est qu'une expression traditionnelle. Il s'applique ici avec d'autant plus de force que la situation de communauté conjugale impose aux époux, spécialement au mari, des devoirs particuliers, parmi lesquels une obligation rigoureuse de bonne foi.

CHAPITRE III

La bonne foi exigée dans les actes des tiers

Fraus omnia corrumpit.
Maxime romaine.

L'exigence de la bonne foi est moins rigoureuse chez les tiers. Ils sont plus libres, ils n'ont pas de prestation à fournir. Mais, s'ils agissent, ils doivent s'abstenir de fraude; s'ils passent un acte juridique avec une personne qui a des engagements à remplir, ils ne doivent pas participer à une fraude de ce débiteur envers son créancier. Sinon, ils engagent leur responsabilité délictuelle, et ils peuvent se voir opposer l'annulation de l'acte frauduleux, qui n'est qu'une variété de réparation.

Cette situation est particulièrement prévue en matière d'action Paulienne (C. civ. art. 1167). Si l'acte est à titre gratuit, la fraude du débiteur suffit à le faire annuler; le donataire n'est pas couvert par sa bonne foi. A vrai dire, peut-il honnêtement accepter de s'enrichir aux dépens du créancier de son donateur? Il est tenu en raison de son enrichissement et dans les limites de cet enrichissement (Cass. civ. 9 janv. 1865, D. 1865. 1. 19). Entre deux adversaires, dont l'un, le créancier, prétend ne pas perdre (*certat de damno vitando*), et l'autre, le tiers donataire, prétend s'enrichir (*certat de lucro caplando*) il est juste de préférer le premier. Au contraire, si l'acte frauduleux est à titre onéreux, le tiers

acquéreur a fourni l'équivalent de la valeur qu'il détient : il lutte, comme le créancier, *de damno vitando* ; sa situation, s'il est de bonne foi, est digne d'intérêt et elle a sur celle du créancier l'avantage de la possession, avec le mérite supposé de l'absence de faute, tandis que le créancier doit s'en prendre à lui-même d'avoir négligé d'exiger des sûretés. Ce tiers acquéreur ne peut être tenu qu'en cas de mauvaise foi caractérisée, « en raison de son dol », comme disaient les Romains (Loi 6, § 8, et loi 7, *Dig.*, 42, 7), c'est-à-dire pour s'être rendu complice de la fraude du débiteur : alors seulement il subira la révocation de l'acte frauduleux.

Cette distinction équitable, non inscrite dans la loi, est traditionnelle. Elle a été consacrée en matière de faillite pour les art. 446 et 447 du C. com. Elle vaut aussi bien pour les sous-acquéreurs. La jurisprudence l'applique dans un large esprit d'équité, comme le comporte la matière : elle recherche si le tiers acquéreur émet, ou non, une prétention coupable, en prétendant garder au détriment du créancier le bien qu'il a reçu du débiteur. C'est ainsi que les tribunaux refusent généralement aux créanciers l'action Paulienne en matière de constitution de dot, considérant que le conjoint doté de bonne foi ne réalise pas un enrichissement injuste en conservant la dot d'un donateur insolvable, le mariage constituant en quelque sorte la juste cause qui permet de considérer l'avantage comme régulièrement acquis (Ripert, 600, p. 293). Cette question est cependant toujours très discutée et, il faut le reconnaître, très discutable. La jurisprudence roumaine (Cass. 1868, *Bull.* 68, p. 55) et la grande majorité de la jurisprudence italienne, surtout les Cours de Cassation de Turin et de Palerme, considèrent, non sans raison, les constitutions de dot comme des actes mixtes, à titre onéreux vis-à-vis du mari, mais à titre

gratuit vis-à-vis de la femme (Baïcoïanu, **8**, p. 105, 141 et 184.).

En quoi doit consister la *complicité* de fraude du tiers acquéreur à titre onéreux? L'idée n'en paraît nette ni en jurisprudence, ni en doctrine. Est-ce parce qu'on n'avait l'habitude de concevoir la complicité que selon les modes criminels (Ripert, **100**, p. 302)? Idée que les auteurs allemands et M. P. Hugueney (**58**, p. 241 et s.) ont contribué à propager, et que le C. civ. allemand (art. 830, al. 2) a consacrée, en déclarant tenus solidairement avec les co-auteurs, les provocateurs et les aides (*Anstifter und Gehülphen*) d'un délit civil. L'incertitude, qui n'est pas spéciale à l'action Paulienne, ne provient-elle pas plutôt, comme l'observe M. P. Hugueney¹, de ce que la notion d'intention n'a pas été suffisamment précisée?

Un certain nombre d'arrêts visent « le concert frauduleux » ou « l'entente frauduleuse » entre le tiers acquéreur et le débiteur (Cass. Req. 20 juin 1919, S. 1920. 1. 374). Mais on reconnaît qu'une véritable collusion n'est pas indispensable, et qu'il suffit d'un « concours conscient » (Cass. Req. 22 août 1882, D. 1883, 1. 296, S. 1883. 1. 25) ou d'une « participation consciente » (Cass. Req., 6 janv. 1913, D. 1914. 1. 40), en un mot d'une complicité quelconque à la fraude du débiteur. Comme il y a, dans cette situation, ceci de particulier que le tiers était partie à l'acte passé avec le débiteur, on se contente généralement, pour le dire complice, du fait qu'il a connu l'état d'insolvabilité du débiteur, ou qu'il a su que l'acte allait provoquer cette insolvabilité et par conséquent préjudicier aux créanciers (Cass. Req. 6 mai 1857, D. 1857. 1. 299; 25 juin 1895, D. 1895, 1. 486, *Pand. franç.* 1896. 1. 22).

1. Cette juste remarque avait déjà été faite en matière pénale par M. Gargon (*Code pénal annoté*, art. 59-60, n° 350).

Cette solution est également admise à l'étranger. Ainsi interprète-t-on, en Italie, la « participation à la fraude » exigée par le C. civ. (art. 1235, § 3) (Cass. Rome, 20 sept. 1883, *Foro it.* 1884. 1.68; Cass. Naples, 20 oct. 1897, *Foro it.* 1898. 1. 22). Le C. civ. portugais est formel : la mauvaise foi du tiers consiste à connaître, ou sa mauvaise foi à ignorer la situation du débiteur avec qui il traite (art. 1036). De même le C. civ. monténégrien (art. 917, al. 2). Quant à la jurisprudence suisse, très large et équitable dans l'interprétation de la loi fédérale du 11 avril 1889 (art. 288), le Tribunal fédéral décide que, pour que la fraude soit réputée connue du tiers, il suffit au créancier de prouver que ce tiers ne pouvait, sans une véritable négligence, ignorer la fraude du débiteur (Baïcoianu, 8, p. 215).

Empruntons un exemple à notre jurisprudence, parmi les espèces les plus simples. En 1889, un sieur Cartier, se voyant sur le point de tomber en faillite, cédait à un sieur Igonet une créance qu'il avait contre la Cie Paris-Lyon-Méditerranée, réduisant ainsi frauduleusement le gage des ses créanciers et leur portant sciemment préjudice. Or Igonet était suffisamment mêlé aux affaires personnelles de Cartier pour connaître l'état désespéré de ses affaires, que celui-ci ne lui avait d'ailleurs pas caché : « Attendu, dit la Cour, qu'il a accepté du débiteur qu'il savait insolvable, sous la forme d'une cession de créance, une garantie qu'il n'avait jamais demandée, qui ne lui était pas due et qui de toute évidence ne lui était offerte que pour nuire aux autres créanciers; qu'en agissant ainsi il a prêté son concours à la fraude ourdie par Cartier; que la précipitation avec laquelle ont été coup sur coup remplies toutes les formalités inhérentes à une cession transport, témoignant suffisamment et des intentions dolo-

sives du cédant et de la complicité du cessionnaire ». (Grenoble, 19 juin 1891, D. 1892. 2. 198).

En matière de faillite, où il n'y a pas l'intérêt d'un seul créancier en jeu, mais où il s'agit d'assurer un sort égal à tous les créanciers, on n'exige même pas, de la part du tiers acquéreur, pour la révocation des actes à titre onéreux, une complicité de fraude, mais simplement la connaissance de la cessation des paiements : par exemple, lorsqu'il a acheté ou même lorsqu'il a accepté un paiement (hypothèse qui sort du cadre ordinaire de l'action paulienne), en sachant que le vendeur ou le débiteur était dans l'obligation de déposer son bilan. (C. com., art. 447; Vigneron, 127, p. 30).

L'obligation de ne pas participer à une fraude doit être observée, non seulement vis-à-vis des créanciers, mais encore vis-à-vis de toutes personnes ayant acquis des droits inconciliables avec celui qu'on prétend exercer : acquéreur, cessionnaire, bénéficiaire d'une promesse de vente, locataire, etc. On est coupable de ne pas respecter le droit d'autrui, quand on sait qu'en acquérant soi-même un droit, on va aider à dépouiller autrui du sien. Ainsi, du moment où l'acquéreur d'un bien déjà aliéné à autrui, n'ignore pas cette aliénation antérieure, il sait qu'il acquiert *a non domino*, et en cela il est de mauvaise foi.

Cette situation, qui ne peut se résoudre qu'en sacrifiant l'un des droits en conflit, n'a été prévue par aucun texte général et précis. La jurisprudence l'a résolue par voie d'espèces, marquant, faute de principe directeur, plus d'incertitude, encore qu'en matière d'action paulienne, mais s'inspirant ouvertement des solutions données en cette dernière matière. Toutefois l'action paulienne ne peut être exercée que dans des conditions déterminées, et elle a un domaine limité, celui de la *fraus creditorum*. Si ses solutions peuvent être

étendues, ce ne peut être qu'en vertu d'un principe général qui la domine elle-même et qui détermine les conséquences générales de la fraude et de la complicité de fraude. Il est difficile de dire que la fraude soit, en général, comme le dol, une cause de nullité, en viciant l'acte¹, quoiqu'on tende à lui faire produire souvent cet effet. Mais on peut dire plus sûrement que, constituant un délit civil, elle engage toujours la responsabilité de son auteur et, par conséquent, également celle de son complice : responsabilité qui peut se traduire par une annulation de l'acte frauduleux. C'est à cette conclusion qu'aboutissent les auteurs qui, comme M. P. Huguency (58) et M. Vigneron (127), ont récemment étudié synthétiquement les différents cas de ce genre.

La jurisprudence anglaise admet aussi, en principe général, que, sous réserve des règles propres aux conflits de métier, quiconque, sciemment et sans excuse légitime, induit une partie liée par un rapport contractuel à violer ce rapport, est passible d'une action en dommages-intérêts et d'une injonction à la requête de l'autre partie contractante lésée. (Jenks, 61, t. I, p. 330). Sans contenir de disposition propre à la matière, notre C. civ., par l'application du principe général de l'art. 1382, doit nous suffire pour accorder à toute personne lésée une réparation adéquate au préjudice.

Les principaux cas de fraude des tiers se rencontrent dans les transferts de droits soumis à une publicité. Elle se

1. Le droit romain de l'époque classique, pas plus que notre droit moderne, ne contenait de disposition générale permettant l'annulation des actes frauduleux, sauf le cas de fraude à la loi. Mais sous le Bas-Empire, une constitution de Théodore et de Festus annula tout acte frauduleux. Cette disposition n'a pas été reproduite dans notre ancien droit; mais on y admettait assez facilement la nullité des contrats frauduleux, et Furgole écrivait, au milieu du XVIII^e siècle, dans son *Commentaire de l'ordonnance de Louis XV de févr. 1731*, que « la fraude affecte essentiellement tous les contrats qui en sont compliqués » (Vigneron, 127, p. 25).

présente sous la forme d'un conflit entre deux acquéreurs successifs, le second voulant prendre la place du premier en remplissant avant lui les formalités légales. Lorsqu'en effet la loi prend soin de régler le mode de publicité moyennant lequel une transmission devient opposable aux tiers, c'est la priorité dans l'accomplissement des formalités légales qui détermine la préférence entre les ayants cause successifs d'un même aliénateur, sans avoir égard, en principe, à la bonne ou à la mauvaise foi, car le but de la loi est d'éviter toute contestation.

C'est ce qui a commencé à être admis, dès l'ancien droit, pour l'insinuation des donations. On a continué sous l'empire de la loi du 11 brumaire an VII. Dans un arrêt du 3 thermidor an XIII, la Cour de Cassation posait le principe : « Il n'y a pas de fraude à profiter d'un avantage offert par la loi; c'est au premier acquéreur à s'imputer à lui-même s'il n'a pas usé d'une égale diligence pour faire triompher son acte ». (Ripert, 100, p. 295). Cette solution a été transposée à la transcription des substitutions fideicommissaires établies par le Code civil (art. 1071). Malgré le caractère exceptionnel de cette disposition, rédigée dans un esprit hostile aux substitutions, et en dépit de l'opposition de certains auteurs (Boissonnade, 16; Biville, 15), la même solution a été étendue par la jurisprudence à la transcription des aliénations et constitutions de droits réels à titre onéreux instituée, ou plutôt rétablie, par la loi du 23 mars 1855. Il a donc été admis que l'acquéreur qui avait transcrit le premier était régulièrement investi, même s'il était de mauvaise foi, connaissant une aliénation antérieure non encore transcrite.

Cependant, devant des abus criants de ce droit de priorité, on a dû bientôt reconnaître que le droit ne saurait être

enfermé tout entier dans la forme, et que la diligence ne devait pas dépasser certaines limites d'honnêteté. « La fraude, a proclamé la Cour de Cassation, fait exception à toutes les règles » (Req. 14 mars 1859, S. 1859. 1. 834, etc.; de même, Req. 6 avril 1925, cité en note ci-dessous). Effectivement, l'exposé des motifs de la loi du 23 mars 1855 (D. 1855. 4. 28, col. 3) montre que le législateur voulait excepter les cas de fraude. Une jurisprudence constante annule le titre transcrit du second acquéreur de mauvaise foi, lorsqu'elle constate une fraude concertée entre lui et le vendeur¹ en vue de dépouiller le premier acquéreur avant qu'il transcrive.

Comment se caractérise ce *concert frauduleux*? Comment se distingue-t-il de la simple mauvaise foi? Là-dessus, bien des discussions sont permises, et les arrêts eux-mêmes ne manquent pas de flottement (Ripert. 100, p. 307). Si l'aliénateur a fait connaître au deuxième acquéreur la première aliénation, une entente frauduleuse entre eux s'en déduit sans difficultés (Lyon, 6 juill. 1883, D. 1885. 2. 259; Biville. 15, p. 19; Mourlon, *Traité de la transcription*, t. II, n° 254). La Chambre des Requêtes l'a admise aussi au cas où l'aliénateur s'était seulement laissé persuader de manquer à sa parole (8 déc. 1858, cité en note). Mais voici que la Chambre civile vient d'exiger « un concert frauduleux caractérisé par des manœuvres dolosives » (7 déc. 1925, cité en note).

Cette dernière décision est critiquée comme marquant un recul de la jurisprudence (Savatier, note citée). On peut se demander, en effet, si elle permet de réprimer, comme il convient, les ententes louches et verbales ou à demi-mot,

1. Req. 8 déc. 1858, D. 1859. 1. 184, S. 1859. 1. 883; 5 juill. 1885, S. 1887. 1. 175; 27 nov. 1893, D. 1894. 1. 342, S. 1894. 1. 385; 29 févr. 1904, D. 1905. 1. 8; 15 juin 1922, D. 1922. 1. 180; Req. 6 avril 1925 et Civ. 7 avril 1925, D. 1926. 1. 185, note Savatier. Baudry-Lacantinerie et Barde, 10, n° 396; Colin et Capitant, 31, t. I, p. 968.

qui ne sont pas les moins dangereuses. Il paraît au moins anormal d'introduire dans la fraude des tiers un élément réservé à la notion de dol contractuel et dont l'étroitesse prête à de justes critiques. La fraude se suffit à elle-même. Un équivalent de manœuvre dolosive réside dans tout fait d'entente, explicite ou non, tendant à spolier un tiers. Or, dès que deux parties, telles que l'aliénateur et le second acquéreur, sont reconnues de mauvaise foi, une entente frauduleuse doit naturellement se présumer entre elles, car elle n'est que le résultat de deux mauvaises fois qui se rencontrent. « Distinguer, remarque très justement M. Savatier (*loc. cit.*), entre la simple mauvaise foi du deuxième acheteur et un concert frauduleux, c'est poursuivre le vide, car, par définition, cette mauvaise foi s'unit nécessairement, dans la seconde vente, à celle du vendeur qui viole ses engagements, et une telle conjonction de mauvaises fois, qu'est-ce donc, sinon le concert frauduleux que l'on condamne? » L'on peut aussi, avec le même auteur, se demander si la seule mauvaise foi du tiers fraudeur ne se suffit pas; car c'est une mauvaise foi active, caractérisée par des agissements spoliateurs qui constituent de véritables manœuvres frauduleuses. A la vérité, on ne fait pas aisément à la mauvaise foi sa part.

A quel titre la fraude entraîne-t-elle l'annulation du titre transcrit? La question est importante pour régler le sort des sous-acquéreurs de bonne foi possibles. A s'en tenir à des adages généraux sur le caractère « exceptionnel » ou corrupteur » de la fraude, on exprimerait une juste règle morale, mais non un principe juridique précis. Quant à faire appel à l'action Paulienne (Grouber, 53), c'est mêler deux domaines de fraude qui sont voisins, mais distincts : l'action Paulienne est une action subsidiaire et qui a des conditions propres (insolvabilité du débiteur, etc.). — Reste le choix

entre deux explications également soutenues. D'après l'une, la fraude a pour effet direct de rendre inapplicable l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855 (Planiol, Ripert et Picard, **97**, p. 631). C'est ce que semble admettre la Cour de Cassation (Req. 15 juin 1922, D. 1922. I. 180, S. 1924. I. 181; 6 avril 1925, S. 1925. I. 101), sans avoir cependant précisé la portée d'une formule de ce genre. La fraude serait alors considérée comme une véritable cause de nullité, au même titre que le dol, et il s'ensuivrait, d'après les idées en cours à ce sujet, qu'elle opérerait *erga omnes*, même à l'égard des sous-acquéreurs de bonne foi (Planiol, Ripert et Picard, *loc. cit.*).

D'après une autre opinion, la fraude doit être, ici comme ailleurs, envisagée comme un délit civil, qui oblige son auteur à réparation, en vertu de l'art. 1382 du C. civ., et la réparation en nature, par le rétablissement de l'état de choses antérieur, toutes les fois que c'est possible, serait la plus satisfaisante (P. Hugueney, **58**; Vigneron, **127**, p. 114; Colin et Capitant, **31**, t. I, p. 969; Lyon-Caen, note sous Cass. Req. 27 nov. 1893, S. 1894. I. 385; Savatier, note précitée, -au D. 1926. I. 185). Ce système a le double avantage de se baser sur un texte de loi et d'être d'une application plus souple et plus équitable : la sanction ne porte que sur le coupable, elle respecte les sous-acquéreurs de bonne foi. Or, la situation de ces tiers qui, par hypothèse, n'ont rien à se reprocher et qui opposent un droit régulièrement acquis et transcrit, est encore préférable à celle de la victime de la fraude, le premier acquéreur, qui eût aisément évité tout cela en mettant plus de diligence à transcrire son titre.

Tout ce qui vient d'être dit en visant plus spécialement les aliénations de propriété, s'applique, *mutatis mutandis*,

aux transmissions d'autres droits réels. Donc, mêmes solutions au cas de fraude contre un acquéreur d'un droit démembre du droit de propriété, usufruitier ou titulaire d'une servitude. Mêmes solutions également au cas de fraude contre un acquéreur d'immeuble au moyen d'une aliénation partielle, constitution de servitude, usufruit, hypothèque, antichrèse, bail emphytéotique ou location à long terme, (Paris, 2 mai 1860, D. 1861. 2. 65; Bordeaux, 25 mai 1869, S. 1869. 2. 294; Cass. 5 juill. 1882, S. 1884. 1. 185; Agen. 5 nov. 1888, D. 1891. 2. 261; Cass., 22 oct. 1889, S. 1891. 1. 446). De même au cas de conflit entre créancier hypothécaire et tiers acquéreur (Cass. Req., 27 mars 1849, D. 1849. 1. 168, S. 1849. 1. 509), ou entre deux créanciers hypothécaires successifs (Paris, 21 juill. 1807, D. J. G. v^o Privilèges et hypothèques, n^o 1370; Cass. Req. 22 nov. 1868, motivé sur l'art. 1167; Vigneron, **127**, p. 168).

La situation est analogue dans tous les cas où des formalités sont prescrites par la loi pour porter des actes de transmission de droits à la connaissance des tiers et sont nécessaires pour que ces actes leur soient opposables. Ainsi en est-il, non seulement en matière d'inscriptions hypothécaires, comme nous venons de le voir, mais encore en matière de formalités de constitution ou de dissolution de société (loi du 24 juill. 1867, art. 55 et s.; C. com., art. 64), d'enregistrement (à la préfecture) de cession de brevet d'invention (loi du 5 juill. 1884, art. 20), de transfert ou de nantissement de titres nominatifs (C. com., art. 36) ou de rentes sur l'Etat (loi du 6 août 1793, art. 6, et loi du 28 floréal an VII), de mutation (en douane) de navires (loi du 27 vendémiaire, an II), de cession de créance (C. civ., art. 1690).

D'une matière à l'autre la jurisprudence présente des contradictions dont on ne comprend pas bien les raisons.

Le plus souvent, elle décide que les tiers de mauvaise foi ne peuvent pas se prévaloir du défaut de publicité : ainsi pour les transmissions de propriété de navires (C. aen. 25 août 1868, S. 1870, 2. 247, P. 1870. 930), et pour les cessions de créances. (Cass., 4 janv. 1848, D. 1848. 1. 60; Orléans, 4 déc. 1886, S. 1888, 2. 154, P. 1888. 1. 853). Mais en quoi consiste au juste cette mauvaise foi? Dans le premier cas, au sujet d'une espèce se rapportant plus directement à notre question que celle de la Cour de C. aen. la Cour de Rennes a décidé que les tiers « ne peuvent se prévaloir de l'absence de mutation s'il est établi par des faits positifs qu'ils ont eu *connaissance pleine et parfaite* de la vente du navire ». (Rennes, 8 déc. 1892, *R. internationale de droit maritime*, 1893-94, p. 26).

Dans le deuxième cas, la Cour de Cassation a décidé que les tiers ne peuvent se prévaloir de l'absence de signification ou d'acceptation authentique d'une cession antérieure, s'ils en ont eu une « *connaissance spéciale* » et *personnelle* (Cass. Civ. 7 juill. 1897, S. 1898. 1. 69). Cette formule est si peu claire qu'elle a prêté à toutes les discussions : les uns y ont vu l'équivalent d'une simple connaissance (Campion, 28, p. 66), les autres, au contraire, celui de complicité de fraude (P. Hugueney, 58, p. 64). Tant il est subtil de distinguer entre le fait de se prêter passivement à la fraude et celui d'y prendre une part active, dans un acte frauduleux où l'on est soi-même partie. En lisant l'arrêt en question, il semble que le tiers, qui en l'espèce était un saisissant, avait joué dans la fraude un rôle positif et actif de complicité.

Le transfert des titres nominatifs n'est qu'une variante de la cession de créance. Dans le conflit élevé entre un cessionnaire et un créancier gagiste postérieur, la Cour de Cassation a décidé que la cessionnaire, quoique n'ayant pas

rempli la formalité de transfert sur les registres de l'établissement débiteur, ne voit pas son droit paralysé par l'effet du nantissement. « ce contrat (de nantissement) ayant, à raison de la connaissance qu'avait R... (gagiste) des cessions antérieurement faites à M..., un caractère dolosif qui le rendait inopposable aux tiers. » (t ass. Req. 10 janv. 1905, S. 1905. 1. 328, D. 1906. 1. 345). (ette formule prête elle aussi à discussion; elle ferait plutôt croire que la Cour a visé la simple connaissance (t ampion. 28. p. 68). Cependant, d'après l'exposé des motifs de l'arrêt, on trouve ici encore les éléments d'une fraude caractérisée : le créancier gagiste s'était rendu coupable d'une véritable collusion (P. Hugueney, 58, p. 69).

En matière de dissolution de société, la Cour de Cassation a été plus explicite: elle a décidé que la simple mauvaise foi, ou connaissance de fait de la dissolution, ne pouvait couvrir le défaut de publicité (t ass. 19 avril 1893, S. 1894. 1. 289, P. 1894. 1. 289).

Ces variétés de décision inconciliables montrent bien, comme on l'a dit, quel grave inconvénient il y a pour les tribunaux à ne pas rechercher les principes généraux qui doivent les guider. Il paraît, cependant, s'en dégager une tendance à ne pas tenir compte de la connaissance personnelle du tiers acquéreur ou cessionnaire, s'il n'est pas prouvé qu'il ait participé à la fraude. On considère que sa simple mauvaise foi est indifférente, quand il ne fait qu'user du mécanisme légal pour défendre ses intérêts. Serait-ce donc que l'accomplissement régulier des formalités imposées par la loi pour l'acquisition et la transmission des droits, rendrait inutile et dangereuse toute recherche de la bonne ou mauvaise intention? La jurisprudence hésite à répondre. « En perfectionnant le mécanisme de l'attribution ou de la cession

des droits, dit M. Ripert (100, p. 308) le législateur, sacrifiant aux exigences du crédit et de la bonne circulation des biens, veut permettre à tout homme d'agir en pleine sécurité. Il crée un régime de légalité qui restreint les pouvoirs du juge parce qu'il substitue à un principe juridique général des règles techniques précises. » C'est la renaissance de l'« acte abstrait », qui n'est plus un mode de matérialisation d'idées comme aux époques primitives, mais un mode de publicité destinée à assurer aux tiers la « sécurité dynamique ». La forme juridique moderne est une « pierre de touche » pour les tiers, afin qu'ils sachent sûrement si un acte juridique donné a bien été passé. (Demogue, 41 p. 70).

Mais il ne faut pas oublier que, si les tiers méritent d'être protégés, ce n'est que lorsqu'ils sont de bonne foi, ou tout au moins exempts de fraude, et que, si la régularité des formes vaut sans la recherche des intentions, c'est que, dans la plupart des cas, elle recouvre effectivement la bonne foi. et que toujours elle comporte des moyens préventifs contre la fraude.

A cet égard, la législation française, déjà ancienne, est souvent insuffisante. Son système de publicité est généralement incomplet; il est même illusoire pour les cessions de créance; et nulle part il ne prévoit la fraude. Plusieurs législations étrangères, tout en adoptant un système de publicité analogue, font des réserves pour la mauvaise foi. Ainsi, la loi belge du 16 déc. 1851 sur la révision du régime hypothécaire dispose, en son art. premier, que « les actes translatifs de droits réels immobiliers, jusqu'à ce qu'ils soient transcrits, ne pourront être opposés aux tiers qui auront contracté *sans fraude*. » Le droit anglais admet que la fraude (ou la négligence) modifie le rang normal des droits, tant entre

les droits en équité¹ qu'entre un droit en équité (*equitable estate*) et un droit légal (*legal estate*). (Jenks, 61, t. I, p. 532). Les statuts révisés des Etats-Unis d'Amérique (art. 419) vont plus loin dans le sens de la bonne foi, pour les mutations de propriété de navires : ils décident que toute personne aura le droit d'invoquer le défaut d'inscription de l'acte de vente d'un navire au bureau du receveur des douanes, à l'exception « du vendeur, de ses héritiers ou ayants droit ou des personnes *en ayant connaissance* ».

Le système allemand, autrichien et suisse de l'inscription des droits réels immobiliers au livre foncier, qui remplace notre système de la transcription, est destiné à protéger les tiers acquéreurs de bonne foi, en même temps qu'à garantir aux transactions immobilières la sécurité dont elles ont besoin, dans la mesure où le livre foncier a force probante (*öffentlicher Glaube*). La teneur en est présumée exacte en faveur de l'acquéreur de bonne foi qui, par contre, doit le considérer comme sans lacune (Hegetschweiler, 56, p. 55). « Celui, dit le C. civ. fédéral suisse, qui acquiert la propriété ou d'autres droits réels, en se fondant *de bonne foi* sur une inscription du registre foncier, est maintenu dans son acquisition » (art. 973). Si, en se fiant au registre foncier, il n'a pas acquis du propriétaire véritable, peu importe, son erreur est couverte par le registre qui le lui a fait commettre. et le dit propriétaire lésé ne pourra pas l'inquiéter². Au con-

1. La *Court of Chancery* accorde du jour du contrat à l'acquéreur d'un immeuble, un *equitable estate*, intermédiaire entre le droit personnel et le *legal estate*, droit réel parfait. Le titulaire de ce droit « risque d'être dépossédé par un acquéreur à titre onéreux de bonne foi à qui la propriété a été vendue par la fraude ou autre faute du propriétaire légal et apparent, mais sans aucune faute ni négligence de cet acquéreur ». (Pollock, *A first book of jurisprudence*, 2^e éd., 1904, p. 211).

2. Ceci ne concerne pas les vices de l'acte pour fait étranger à l'inscription, tels que l'erreur essentielle, l'incapacité, le défaut de qualité, etc. La partie lésée peut alors toujours invoquer la nullité et faire radier ou modifier l'inscription contre celui qui est inscrit sans droit. La rigueur de cette règle du Co-

traire, celui qui acquiert la propriété ou un droit réel en sachant ou devant savoir que le registre foncier ne correspondait pas à la réalité, ne peut se prévaloir de l'inscription. L'art. 974 dispose : « Lorsqu'un droit réel a été inscrit indûment, l'inscription ne peut être invoquée par les tiers qui en ont *connu ou dû connaître* les vices. » Cette disposition est sévère pour les tiers, en assimilant à la connaissance de l'erreur l'ignorance imputable à une faute lourde.

Le Code civil allemand (art. 892) tranchant dans le même sens une question qui était très controversée sous l'empire de la législation prussienne, exige que l'acquéreur soit de bonne foi pour pouvoir se prévaloir de la force probante du livre foncier. Son droit tombe s'il est établi qu'il savait que l'énonciation du registre n'était pas conforme à la réalité. Mais, à la différence du droit suisse, il ne suffit pas qu'il ait dû connaître l'erreur de l'inscription; et c'est logique, puisque la teneur du livre foncier est présumée exacte.

Quant à la cession de créance, la conception allemande en est toute différente de la nôtre. Elle donne une plus grande place à la bonne foi. C'est la cession même qui agit à l'égard de tous; mais seul ce qui a été fait dans l'ignorance de la cession est valable (B. G. B. art. 408). Cette ignorance est une question de fait; la signification de la cession ne peut servir qu'à préconstituer, par une formalité facultative, une preuve de fait de la mauvaise foi.

En matière de transmission mobilière, c'est la tradition de la chose qui remplace les mesures de publicité à l'égard des tiers. Lorsque, par suite de fraude, le même objet est

de suisse, selon laquelle l'inscription au registre foncier ne suffit pas à elle seule pour l'acquisition de la propriété foncière, est tempérée par la prescription ordinaire de dix ans; et elle est limitée au premier acquéreur, tant que l'immeuble n'a pas passé par l'effet d'une inscription nouvelle aux mains d'un tiers de bonne foi. (Rossel et Mentha, 101, t. II, p. 383 et 38).

aliéné successivement à deux acquéreurs, c'est celui qui en a la possession réelle et de bonne foi qui est préféré, (C. civ., art. 1141); l'aliénation consentie à un deuxième acquéreur est nulle, lorsqu'il est de mauvaise foi, c'est-à-dire connaît le droit de l'acquéreur antérieur. Suffit-il d'une connaissance quelconque? Il a très bien pu, dit-on, en ne voyant pas exécuter la première aliénation, penser que les parties avaient changé d'avis et n'avaient pas donné suite au contrat (P. Hugueney, 58 p. 55) : cela est vrai en matière mobilière beaucoup mieux encore qu'en matière immobilière, et il serait difficile d'être plus sévère pour l'acquéreur mobilier que pour l'acquéreur immobilier, alors qu'il n'a pas les mêmes moyens de s'assurer de la réalité des transactions antérieures. « Il ne faut pas, dit M. Saleilles (*Possession des meubles*, p. 100), qu'un acheteur puisse être menacé une fois la chose livrée, de voir la propriété contestée, sous prétexte qu'on lui avait parlé d'une première vente dont il aurait dû s'enquérir. »

La législation prussienne, jusqu'à la promulgation du Code civil allemand (B. G. B.), a utilisé le *Recht zur Sache*, sorte de droit mixte en vertu duquel quand la même chose avait été vendue successivement à deux acheteurs, le deuxième acheteur à qui la chose devait être livrée, devait la retransférer au premier, si à l'époque de l'achat il avait connaissance de la première vente (Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. II, p. 15). Le nouveau Code allemand a rompu avec ce système; mais il donne la préférence au premier acquéreur, dans le cas où le second connaîtrait ou devrait connaître la précédente aliénation (art. 932, al. 2).

La fraude et la complicité de fraude peuvent porter, non seulement sur des droits *réels*, mais encore sur des droits *personnels*, comme ceux donnés par une *promesse unilatérale*.

rale de vente ou un pacte de préférence. La situation est ici différente en ce qu'il s'agit de simples contrats ne produisant que des obligations personnelles entre les parties, et il semblerait qu'en cas d'inexécution, le droit du stipulant soit toujours réduit à réclamer des dommages-intérêts. Il peut, il est vrai, y avoir lieu à application de l'art. 1167 du C. civ., si le promettant a conclu une vente avec un acquéreur de mauvaise foi, c'est-à-dire au courant de la situation, en sachant que par là il se rendait insolvable ou augmentait son insolvabilité et que, par suite, il se mettait dans l'impossibilité de payer à son créancier les dommages-intérêts auxquels celui-ci pouvait prétendre. Dans le cas où, au contraire, le promettant *fraudator* est *in bonis*, le stipulant pourra bien demander des dommages-intérêts, en vertu de l'art. 1147, au promettant qui s'est mis par son fait personnel dans l'impossibilité de remplir son obligation de faire; mais comment pourrait-il agir contre le tiers acquéreur qui n'a pris aucun engagement à l'égard de la promesse de vente, alors même que celui-ci aurait eu connaissance de la promesse au moment de son contrat d'acquisition? On en est, cependant, venu à admettre que la vente frauduleuse peut être annulée, sinon en vertu de l'art. 1167, du moins en vertu de l'art. 1382 du C. civ., lorsque l'acquéreur a non seulement connu la promesse, mais encore mis en œuvre des moyens fallacieux ou frauduleux pour obtenir la vente à son profit et mettre le bénéficiaire de la promesse dans l'impossibilité d'obtenir satisfaction (Vigneron, 127, p. 233-234).

Tel est le cas d'une vente consentie, au mépris d'une promesse de vente, à un concurrent commercial du bénéficiaire, à un industriel qui n'a acquis une usine ou des terrains que pour entraver l'extension d'une autre usine simi-

laire, et qui, pour obtenir ce résultat, s'est employé, malgré la connaissance qu'il avait de la promesse de vente, à décider le promettant à traiter avec lui. La Cour de Nancy a rendu, à ce sujet, le 4 avril 1906, (D. 1908. 2. 148, S. 1906. 2. 241, et note Bourcart) un arrêt qui résume l'état de la jurisprudence : constatant « la violation par les consorts Lelclère (promettants) et la société l'Espérance (tiers acquéreur) de l'engagement rigoureux et absolu que les premiers avaient pris à l'égard de Josserand (bénéficiaire) et que la deuxième connaissait pertinemment, » et « le préjudice qu'ensemble et de concert ils lui avaient causé par leur combinaison malveillante », la Cour a déclaré la responsabilité des uns et de l'autre envers le bénéficiaire lésé, et elle a estimé que « l'anéantissement de l'acte était le moyen le plus direct et le plus efficace de supprimer la situation préjudiciable que cet acte avait créé, et d'empêcher qu'il perpétue par son maintien les effets fâcheux dont il avait été la cause ».

L'arrêt vise à la fois l'art. 1167 et l'art. 1382. Pourtant, ces deux articles réglementent, nous le savons, des situations très différentes, et les conditions d'exercice de l'action paulienne sont bien particulières, tant du côté du tiers acquéreur que du côté du débiteur. Au premier point de vue, la simple connaissance de la promesse, constituant le tiers acquéreur de mauvaise foi, *consciens fraudis*, permet l'annulation de l'aliénation. Au deuxième point de vue, le commentateur de l'arrêt de Nancy, M. Bourcart, préconise une extension de la conception traditionnelle du préjudice impliquant la création ou l'aggravation de l'insolvabilité du débiteur. « C'est, dit-il, un point de vue bien subtil et bien étroit que de s'attacher uniquement à l'insolvabilité, que de considérer exclusivement cette cause d'inexécution, alors que la pratique révèle d'autres procédés frauduleux qui ont

le même but et aboutissent au même résultat. En somme, ces procédés frauduleux compromettent, eux aussi, le droit de gage général qui appartient aux créanciers (art. 2093 du C. civ.), et sur lequel repose toute l'action paulienne. » Il y a là un effort intéressant pour atteindre la fraude sous ses formes les plus variées. Mais, à défaut de l'art. 1167, nous avons toujours la ressource de l'art. 1382, si l'on entend ce texte, en matière de fraude en général comme en matière de dol (*supra*), d'une façon assez large et souple pour comprendre, à côté de l'indemnité pécuniaire, d'autres modes de réparation de nature à donner une juste satisfaction à la partie lésée (Baudry Lacantinerie et Barde, 10, 2^e éd., t. III. 2^e partie, n. 2877, p. 1113), et surtout pour permettre de choisir le moyen de réparation le meilleur et le plus adéquat au préjudice causé (Bourcart, *loc. cit.*).

Les solutions admises aujourd'hui en matière de promesses unilatérales de vente doivent être maintenues dans une hypothèse voisine, celle des *pactes de préférence*, qui peuvent être considérés, au fond, comme des promesses de vente conditionnelles. Ici encore, les tribunaux ont longtemps hésité à enlever au tiers acquéreur de mauvaise foi la chose acquise par lui au mépris d'un pacte de préférence, et jusqu'à ces dernières années, ils ne l'ont condamné qu'à des dommages-intérêts envers le bénéficiaire. Mais aujourd'hui, ils admettent que le tiers acquéreur est tenu de restituer la chose, quand il a eu connaissance du pacte et de l'intention du bénéficiaire d'en profiter (Cass. Req. 15 avril 1902, D. 1903. 1. 38, S. 1902. 1. 316).

La fraude et la complicité de fraude peuvent encore porter sur toute obligation de faire, telles que l'obligation de délivrance et celle de procurer la jouissance, qui incombent au bailleur envers le preneur. Après avoir consenti un bail

sous seing privé non enregistré, par conséquent n'ayant pas date certaine, un bailleur, au mépris de ce premier bail, en consent un autre à un nouveau locataire, ou encore aliène l'immeuble loué : ce second locataire ou cet acquéreur, aura-t-il le droit d'écarter le premier bail comme ne lui étant pas opposable, s'il est de mauvaise foi ? D'après certains auteurs, il serait tenu de respecter le premier bail toutes les fois qu'il en aurait eu connaissance (Baudry-Lacantinerie et Barde, 10, 2^e éd., t. III, p. 726, n. 2374). D'après d'autres, il le serait seulement dans le cas où il se serait rendu complice de fraude : c'est la solution la plus répandue (Aubry et Rau, 7, t. VIII, § 756; P. Hugueney, 58, p. 84), celle à laquelle la jurisprudence paraît la plus favorable (Douai, 11 août 1837, S. 1838. 2. 6; Agen, 8 août 1891. *La loi*, 23 sept. 1891; Bruxelles, 8 mai 1896, *Pas.*, 1896. 2. 353), et qui cadre le mieux avec les solutions réglant les situations analogues déjà examinées.

Lorsque le bailleur, ayant loué une partie de son immeuble à un commerçant, loue l'autre partie à un autre commerçant, concurrent du premier, il est passible de dommages-intérêts envers son premier locataire, pour avoir manqué à son obligation de lui procurer une jouissance paisible. Ce locataire lésé a également un recours contre l'autre locataire qui s'enrichit à ses dépens, lorsque le second bail est le résultat d'un concert frauduleux entre celui-ci et le bailleur. (P. Hugueney 58, p. 85).

Cette conception de la complicité de fraude peut être très bien généralisée, comme l'a tenté M. P. Hugueney (58). Pour prendre un exemple différent des précédents, un éditeur qui, s'étant engagé envers un imprimeur à ne faire imprimer ou réimprimer certains ouvrages que chez lui, a esquivé son engagement en vendant son fonds à un complice, peut voir

annuler cette vente comme frauduleuse : « Considérant, porte à ce sujet un arrêt de Paris, qu'il ne saurait être permis à un particulier qui s'est lié par un contrat, d'anéantir ce contrat à sa volonté par des conventions faites avec des tiers de mauvaise foi et qui n'ont pour principal objet que d'éluder ou de rendre impossible l'exécution des obligations imposées à cette partie. » (Paris, 19 déc. 1866, t. 1867. 2. 180, P. 1867. 699). Tout droit doit être limité à la fraude : elle lui enlève son fondement moral, le minimum d'honnêteté et de bonne foi sans lequel il n'a plus de raison d'être

CHAPITRE IV

La bonne foi exigée dans l'exercice des droits

*Bona fides est primum mobile ac spiritus
vivificans commercii.*

CASAREGIS.

La bonne foi est l'âme du commerce juridique et social. Il faut une certaine confiance, basée sur un minimum objectif de loyauté et d'honnêteté entre les hommes qui se trouvent en rapport, en dehors même de tout engagement juridique. Agir malhonnêtement au détriment d'autrui ne devrait jamais constituer l'exercice d'un droit. La maxime d'origine romaine « *Neminem lædit qui suo jure utitur* » ou « *Nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur* » (Gaius, *Dig.*, 2, liv. L, tit. 17, fr. 55) suppose un exercice normal et juste du droit. Le droit ne se tient pas au-dessus de la morale, il la suppose. Mais comme il ne se modèle pas sur elle, toute la difficulté, et elle peut être très embarrassante, est de déterminer quel degré de bonne foi est exigé dans le simple exercice d'un droit, pour que le préjudice qu'il peut, de ce fait, causer à autrui, n'engage pas la responsabilité de son auteur. Comme le tiers qui participe à une fraude, le titulaire d'un droit qui agit avec esprit d'injustice, intention de nuire, n'est-il pas, non seulement moralement, mais même juridiquement, répréhensible? La notion d' « *abus de droit*¹ » est voisine de

1. Nous employons cette expression uniquement parce qu'elle est couramment admise et consacrée par des textes législatifs étrangers, mais en reconnaissant qu'elle prête à critique dans certains cas. (Josserand, 63, p. 313. etc.).

celle de *fraude*, quoique la seconde vise plus nettement les actes contraires au droit (Demogue, 40, t. IV, p. 374).

C'est une notion beaucoup plus morale que logique, et particulièrement féconde pour réparer les injustices. Avec la complexité et l'enchevêtrement croissant de nos relations sociales et juridiques, il devenait de plus en plus choquant de voir dans les droits, même dans les droits réels les plus complets, comme le droit de propriété, un pouvoir arbitraire et illimité sur la chose, sans aucune considération du prochain. Un droit n'est pas un absolu; c'est l'expression d'une relation juridique qui confère un pouvoir limité et dans son contenu et dans son exercice. On ne saurait détacher entièrement un droit de la raison d'être qui le justifie, pas plus qu'un acte de la volonté qui l'anime. Le fait qu'on est titulaire d'un droit ne dispense pas d'une volonté honnête; la conscience morale ne peut jamais être mise à l'écart; il y a des devoirs envers autrui qu'aucun droit ne permet de violer. « On s'accorde à reconnaître, proclame M. Josserand dans son bel ouvrage (63, p. 51), qu'il serait intolérable que les prérogatives légales pussent jamais servir d'armes à la malveillance, à la malice, à la mauvaise foi. La fraude, qui vicie tout les actes, qui fait cesser l'application de toutes les règles juridiques, ne doit pas pouvoir se donner libre carrière sous l'égide trop complaisant des droits; elle doit être frappée impitoyablement, sinon c'est le droit lui-même qui, mis au service de desseins antisociaux, indignement parodié par ses dépositaires, risquerait de sombrer sous le coup de cette profanation. »

C'est imbu de ces idées élevées, que le législateur suisse a cru bon de mettre presque au frontispice de sa principale œuvre, le Code civil fédéral, le principe général dont tout le droit civil doit s'inspirer : « Chacun est tenu d'exercer ses

droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi » (art. 2, al. 1.). Cela ne veut, d'ailleurs, pas dire que la bonne foi exigée dans le simple exercice d'un droit soit aussi stricte que celle exigée dans l'exécution d'une obligation. Elle consiste à ne pas vouloir abuser de son droit. Le 2^e alinéa de l'art. précité ajoute : « L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. »

Cet abus, c'est, avant tout, l'intention de nuire : mobile antisocial et immoral qui détourne véritablement le droit de sa destination, de son but normal et légitime. Aussi le Code allemand, plus explicite que le Code suisse, dispose-t-il en son art. 226 : « L'exercice d'un droit n'est pas permis lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer dommage à autrui. » Le code monténégrin (art. 1000) l'avait déjà dit, sous forme de maxime : « Tu as beau avoir un droit, tu ne peux t'en servir à seule fin de causer ennui ou dommage à autrui. » Et M. Saleilles proposait d'insérer dans nos lois une formule analogue : « Un acte dont l'effet ne peut être que de nuire à autrui, sans intérêt appréciable et légitime pour celui qui l'accomplit, ne peut jamais constituer un exercice licite d'un droit. » (*Bull. de la Société d'études législatives*, 1905, p. 345; *Rev. crim.*, 1908, p. 353). Il paraît excessif d'exiger que l'intention de nuire constitue l'unique mobile possible de l'acte, pour que cet acte en soit vicié. Le vice n'existe-t-il pas dès que l'intention méchante représente le mobile principal et déterminant, la raison de premier plan qui entraîne la volonté et qui colore l'acte (Josserand, 63, p. 53)? La formule suisse précitée, à la différence de la formule allemande, est assez large pour l'admettre. (Rossel et Mentha, 101, t. I, p. 67).

La règle écrite dans l'art. 226 du Code allemand, explique M. Saleilles dans son commentaire de traduction, a eu pour

but de remplacer en quelque sorte l'*exceptio doli generalis*, dont l'introduction dans le Code n'a pas été admise, et elle a formé, pour ainsi dire, le couronnement de toutes les dispositions déjà prises par le premier et le deuxième projets pour donner satisfaction à la bonne foi et empêcher l'usage strict du droit, lorsqu'il ne devrait procurer qu'un avantage insignifiant aux intéressés, par compensation avec les sacrifices devant en résulter pour l'obligé. Le nouveau principe, observe le commentateur allemand Planck (*loc. cit.* en note ci-dessous), est caractéristique de la nouvelle législation et marque le courant où tend à s'engager de plus en plus le droit moderne; il est venu réaliser l'harmonie du droit avec la conception de la solidarité sociale. « Le droit ne saurait, sans préjudice grave pour la conscience publique, se mettre en désaccord avec ce que réclame la morale sociale; il ne peut permettre ce que les mœurs considéreraient comme une atteinte à la moralité publique, comme un acte antisocial, qui soit en contradiction avec le fait de vivre en société. »

La même idée domine le principe de l'art. 826 du Code allemand : « Quiconque intentionnellement cause dommage à un autre d'une manière qui porte atteinte aux bonnes mœurs, est obligé envers cet autre à la réparation du dommage. » Cette disposition complète celle de l'art. 226 précité¹, en érigeant en délit civil le fait intentionnel contraire aux mœurs, celui qu'on a appelé le *fait déloyal*, par opposition au fait contraire au droit ou simple faute quasi-délictuelle. Le *fait abusif*, visé par l'art. 226, est illicite en ce que, par son but nocif, il choque les mœurs et les usages honnêtes; de telle sorte qu'on

1. Sur le commentaire comparé de ces art.; dans le sens de l'interprétation stricte et identique des 2 textes, Planck, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Guttentag, t. I, p. 279; et dans le sens de l'interprétation large et divergente, Saleilles, *C. civ. allemand traduit et annoté*, sous l'art. 226, et *Obligations*, p. 370.

en arrive à puiser dans la moralité sociale, spécialement exprimée dans l'idée de bonne foi, la norme d'application et le critérium même de la limite maxima du contenu des droits subjectifs (Saleilles, *loc. cit.* en note).

De même, le C. civ. autrichien révisé par le décret impérial du 19 mars 1916 contient une nouvelle disposition, l'art. 1295, al. 2, qui oblige à indemnité celui qui exerce son droit au mépris des bonnes mœurs et avec l'intention évidente de nuire à autrui. On y remarque, encore plus que dans le double texte du Code allemand, le cumul des deux points de vue objectif et subjectif : la loi s'en réfère en même temps au critère social des bonnes mœurs et au critère individuel de l'intention de nuire. Mais le second paraît dominant (Karl Adler, *Chronique de législation*, dans les *Ann. de Droit comm.*, 1921, p. 148).

Dépourvu de texte sur lequel elles puissent s'appuyer, notre doctrine ni notre jurisprudence ne sont encore bien nettement fixées. Le principe de l'abus du droit est toujours discuté. Les tribunaux décident selon les particularités des droits dont l'exercice a dépassé les limites convenables ou dévié du but légitime. Cependant, il y a un minimum sur lequel on s'accorde généralement et qui a été reconnu depuis longtemps (Cass. 19 déc. 1817. cité par Appert en note sous Trib. Sedan 17 déc. 1901, S. 1904. 2. 217; Cass. 3 mai 1836. S. 1836. I. 914) : c'est qu'il n'est pas licite d'user d'un droit malicieusement, pour nuire à autrui et sans intérêt pour soi-même. « Les principes de la morale et de l'équité, a proclamé la Cour de Colmar, s'opposent à ce que la justice sanctionne une action inspirée par la malveillance, accomplie sous l'empire d'une mauvaise passion, ne se justifiant par aucune utilité personnelle et portant un grave préjudice à autrui. » (Colmar, 2 mars 1855. D. 1856. 2. 9).

Selon une conception traditionnelle, remontant au droit romain et toujours admise en matière de responsabilité, la faute lourde est assimilable au dol, à la faute intentionnelle : celui qui commet une erreur grossière doit être traité comme s'il avait agi dans une mauvaise intention (Cass. 11 juin 1890, D. 1891. 1. 193). La notion de l'abus du droit va même plus loin : elle arrive à comprendre tout ce qui exède la satisfaction ou la sauvegarde d'un intérêt sérieux et légitime à exercer le droit (Colmar, précité; Cass. 10 juin 1902, D. 1902. 1. 454); on admet qu'il peut suffire d'un défaut de motif légitime (Josserand, 63. p. 57), ou d'une frivole négligence (Rossel et Mentha, 101. t. 1. p. 67). Mais alors on sort de la notion de mauvaise foi pour tomber dans celle de faute¹. Il est vrai que la constatation, faite par le tribunal, que l'acte était dénué d'utilité pour le titulaire de droit, sert à faire présumer la mauvaise intention.

L'exigence de la bonne foi, devant rester adéquate aux rapports auxquels elle s'applique, varie, comme celle de la prudence et de la diligence, selon la nature du droit exercé. Pour le droit de propriété, droit considéré comme absolu, l'abus n'est généralement caractérisé que par l'intention de nuire, ou du moins un état d'esprit trop peu consciencieux d'autrui, que d'ailleurs un défaut d'intérêt peut suffire à révéler. Pour le droit d'exprimer sa pensée et la liberté de la presse, c'est le peu de souci de la vérité, révélé par le caractère insuffisamment consciencieux et sincère de l'œuvre. Pour le refus d'embauchage ou le renvoi d'un ouvrier, c'est le motif illégitime, déduit, par exemple, d'un refus systématique visant les membres d'un syndicat².

1. Les critiques adressées quelquefois à la théorie de l'abus du droit ne visent généralement que cette extension par laquelle elle dépasse la théorie de la mauvaise foi, sans qu'il soit d'ailleurs toujours facile de tracer la démarcation.

2. Pour le refus d'embauchage, les tribunaux ont visé plutôt le motif ma-

Le rôle de la bonne foi est particulièrement net et décisif en quelques matières, tels que les conseils nuisibles, les renseignements défavorables, la concurrence déloyale, et, jusqu'à un certain point, le droit d'agir en justice. Pour la première, on peut, à défaut de jurisprudence, admettre que le fait de persuader à autrui d'accomplir un acte qui nuira à un tiers, n'engage la responsabilité de son auteur que si le mauvais conseil a été donné malicieusement. C'est une opinion que se fait jour chez les auteurs et les juges anglais (Fr. Pollock. *op. cit.*, p. 151).

De même, celui qui, sur demande, fournit des renseignements défavorables sur le compte d'autrui, n'est passible de dommages intérêts qu'au cas de mauvaise foi. Cela est admis même en droit anglais (Gérard, *Les torts ou délits civils en droit anglais*, thèse, Rennes, 1910, p. 163). Nos tribunaux ont jugé que des renseignements donnés de bonne foi par un maire ne sauraient entraîner une responsabilité contre lui, alors même que ces renseignements seraient erronés, s'il les a donnés en relatant simplement la notoriété et l'opinion publiques. » (Orléans, 5 août 1892, S. 1892. 2. 312). Il en est de même d'un patron qui, sollicité par un tiers de donner des renseignements sur un ouvrier qu'il a congédié, indique confidentiellement que cet ouvrier a mis le désordre dans son chantier et a provoqué à la grève, en

licieux, en disant que la liberté qu'a un patron de faire travailler qui il veut, est limitée à la sauvegarde de ses intérêts, et ne lui permet pas de nuire sans intérêt à un syndicat, en refusant d'embaucher tout ouvrier qui y est affilié (Trib. Bordeaux, 14 déc. 1903, S. 1905. 2. 17, note G. Ferron). Mais il paraît, en de pareils cas, bien difficile de découvrir un véritable défaut d'intérêt : de tels actes ne sont généralement pas guidés par un esprit de pure malice ; ils ont d'autres motifs plus ou moins apparents, mais réels, et dont on peut seulement contester la légitimité. On ne doit d'ailleurs le faire qu'avec beaucoup de prudence. Il ne faut pas oublier que ce n'est pas au patron à produire un motif sérieux de refus d'embauchage, ou d'une façon générale, à celui qui exerce un droit à se justifier, mais bien au demandeur à prouver l'esprit malicieux ou injuste de son adversaire.

donnant ce renseignement avec une entière bonne foi et une sincérité exclusive de toute intention de nuire (Cass. Req., 14 nov. 1910, S. 1911. 1. 151).

L'existence de la mauvaise foi est essentielle pour caractériser la concurrence déloyale¹. La déloyauté dans le commerce, disent les arrêts, suppose la mauvaise foi, (Req., 9 mars 1870, précité), l'intention frauduleuse (Alger 22 fév. 1888, D. 1889. 2. 254), manifestée dans des manœuvres ayant pour but soit de créer une confusion au profit de ses propres produits et au détriment de ceux d'un concurrent, soit seulement de jeter le discrédit sur ces derniers (Trib. civ. Seine, 21 fév. 1903, *Gaz. Trib.* 13 mai 1903). C'est le contraire dans le cas de bonne foi. Ainsi, un sieur Croizet reprochait à Hardy et C^o d'avoir fait insérer dans le journal « l'Épicerie française » une réclame lui attribuant faussement le diplôme « d'honneur » à l'exposition d'Amsterdam de 1873, alors que cette récompense avait été exclusivement obtenue par Croizet et que Hardy n'était titulaire que d'un diplôme « d'excellence » : il fut débouté de son action en concurrence déloyale, parce qu'il ne s'agissait que d'une erreur d'impression et que les faits ne laissaient aucun doute sur la bonne foi de Hardy (Bordeaux 1^{er} juin 1887, D. 1888. 2. 287).

Cependant, la question de bonne foi a beaucoup moins d'intérêt devant la juridiction civile ou commerciale que devant la juridiction correctionnelle, parce que, à défaut de *concurrence déloyale*, pratiquée de mauvaise foi, il peut y avoir une simple *concurrence illicite*, constituée par un acte contraire aux lois ou aux usages commerciaux, ou par une

1. Cass. Req. 28 juill. 1889, D. 1890. 1. 88; 9 mars 1870, D. 1871. 1. 211; 29 avril 1913, S. 1914. 1. 135. — Pouillet, *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale*, 5^e éd., 1906, n^o 884 et s.; Bry, *La propriété littéraire, industrielle et artistique*, n^o 624.

faute quelconque de nature à créer une confusion ou à modifier les conditions normales de la concurrence au préjudice d'un commerçant rival : faits qui engagent la responsabilité de leur auteur, aux termes du droit commun (art. 1382 du C. civ.). Ces deux actions n'en restent pas moins distinctes, en principe, de sorte que le tribunal saisi de l'une n'a pas à statuer sur l'autre, du moins n'est pas tenu de le faire¹.

En Allemagne, la loi du 7 juin 1909, reproduisant en partie celle du 27 mai 1896, a organisé la répression de la concurrence déloyale (*unlautere Wettbewerbs*). Elle a essayé d'en donner, dans son art. premier, une conception synthétique : « Celui qui, à l'occasion de trafic des affaires, entreprend dans un but de concurrence des actes qui contreviennent à une pratique honnête, peut être assigné aux fins de cesser d'y donner suite et de servir une réparation du dommage. »

Le droit d'agir en justice dégénère en abus lorsqu'il est exercé dans un esprit de malice, de fraude ou de vexation, à quoi est assimilée l'erreur grossière équipollente au dol². On a prétendu (J. Brethe, note sous Cass. Req. 24 nov. 1924, S. 1925. 1. 217) qu'à la différence de la Chambre civile, la Chambre des requêtes se contentait d'une faute inintentionnelle, en retenant comme abusive la demande inconsidérée ou non sérieuse³, l'appel frustratoire ou téméraire⁴. Mais cette divergence est très contestée (D. R. P., v° *Responsabilité*, n° 172); elle ne se tient peut-être que dans les mots (Josserand, 64, p. 83); en tout cas, elle n'a rien de net. (er-

1. Cass. Req. 9 mars 1870, précité; Req. 18 nov. 1903, *Ann. de la propriété, comm. et industr.* 1903, p. 341; Besançon, 31 déc. 1901, D. 1903. 2. 65, et note Claro, Pouillet, *op. cit.*, n° 886.

2. Cass. Civ. 14 août 1882, D. 1883. 1. 255, S. 1883. 1. 145; 29 oct. 1913, 2^e arrêt, D. 1917. 1. 196; 20 nov. 1918, S. 1920. 1. 213, *Pand. pér.* 1920. 1. 213.

3. Req. 14 déc. 1903, S. 1905. 1. 223, *Pand. pér.* 1906. 1. 188; 29 nov. 1905 S. 1906. 1. 219.

4. Req. 15 avr. 1908, S. 1909. 1. 206, *Pand. pér.* 1909. 1. 206, D. 1908. 1. 423, *Gaz. Pal.* 1908. 1. 628.

tains arrêts de la chambre des requêtes¹ emploient les mêmes formules que ceux de la chambre civile; d'autres² visent la faute lourde. De son côté, il arrive à la chambre civile de viser la faute lourde dans le fait d'avoir engagé un procès ne reposant « sur aucune apparence sérieuse » (14 août 1882, cité en note *supra*). C'est que pratiquement l'on passe insensiblement de la faute dolosive à la faute grossière ou lourde, qu'on ne saurait admettre ni excuser.

L'abus du droit de plaider n'a d'autre sanction, dans notre droit, que la responsabilité pécuniaire de son auteur. Aucun texte ne permet à la jurisprudence plus de sévérité. Il en est autrement dans quelques pays étrangers. — Le droit anglais, pourtant très individualiste, admet que certaines actions de nature à porter atteinte au crédit ou à la liberté des personnes, engagent la responsabilité du demandeur (Fr. Pollock, *The law of torts*, 5. éd., p. 302 et s.). En outre, celui qui engage habituellement des instances injustifiées, peut se voir défendre par la Haute Cour d'introduire désormais aucune action sans une autorisation spéciale de justice (loi 14 août 1896, *Annuaire de législation étrangère*, 1897, p. 49, et pour l'Ecosse, loi 12 août 1898, *op. cit.*, 1899, p. 24). — Le droit brésilien est particulièrement sévère contre le demandeur de mauvaise foi. Le créancier qui demande ainsi plus qu'il ne lui est dû, est condamné au triple des frais correspondant à l'excédent, à moins qu'il ne réduise sa demande avant la *litis contestatio*; celui qui poursuit avant l'arrivée du terme ou de la condition, est condamné au double des frais; celui qui réclame ce qu'il a déjà reçu, doit restituer au double le principal, ainsi que les frais, à moins

1. Req. 26 déc. 1899, D. 1900, I. 126; 6 nov. 1900, D. 1901, I. 112; 27 juil. 1903, D. 1903, I. 488; 23 févr. 1920, S. 1921, I. 265, *Pand. pér.* 1921, I. 265.
2. Req. 15 mars 1892, D. 1892, I. 272.

qu'il ne se désiste avant la *lilis contestatio* (de la Grasserie, *Lois civiles du Brésil*, Paris, Giard et Brière, 1897. p. 287).

On a parlé aussi, notamment en Allemagne, d'une obligation de dire la vérité devant la justice (*Wahrheitspflicht*) (Trutter, 122, p. 117). Mais ce serait beaucoup exiger des plaideurs, qui, soutenant leurs intérêts, ne sauraient être assimilés à des témoins : nul n'est tenu de fournir des armes contre soi-même. Ce qu'il faut et qui suffit, c'est de ne pas chercher à faire passer le faux pour le vrai et à égarer les juges : que les armes des plaideurs soient dénuées de perfidie et comme disent les Anglais, leur jeu loyal (*loyal play*), sous la sauvegarde des juges.

Cela est si vrai que la décision judiciaire entraînée par des manœuvres frauduleuses d'une des parties est susceptible de revision au moyen de la requête civile (C. pr. civ., art. 480-1.). Le *dol* du plaideur vicie le jugement au point de faire échec à l'autorité de la chose jugée. Et il s'entend d'une façon particulièrement large. Il comprend, non seulement la tromperie sur la qualité de la partie (Rouen, 1^{er} août 1896, *Gaz. Pal.* 25 oct. 1906), la subornation de témoins (Cass. Req. 19 juin 1907, D. 1908. 1. 176), ou l'interception de lettres (Garsonnet, *Traité de procédure civile*, 2. éd., t. VI, § 2321), mais encore la dissimulation mensongère ou la dénégation persistante d'un fait ou d'un acte décisif au procès (Besançon, 9 déc. 1862, D. 1862. 2. 16; Amiens, 3 juill. 1897, D. 1898. 2. 92). Certains arrêts ont même admis, en vertu de leur pouvoir souverain d'appréciation, de simples affirmations ou dénégations mensongères, par cela seul qu'elles avaient faussé la décision intervenue (Alger, 29 avril 1874, S. 32; Dijon, 15 mars 1878, S. 33; D. R. P., v^o *Requête civile*, n^o 48).

La fraude ou le *dol* vicie les actes de procédure, en les détournant de leur but légitime, qui est, avant tout, d'as-

surer les droits de la défense. La jurisprudence a spécialement eu l'occasion de le reconnaître en matière d'opposition aux jugements de défaut. Elle a décidé que l'exécution d'un jugement de défaut par un moyen frauduleux n'emporte pas contre le défaillant déchéance de son droit d'opposition (Amiens, 26 mars 1922, D. R. 122; Garsonnet, *op. cit.*, § 2232). De même, l'opposition reste recevable après le délai légal, fixé en matière de divorce à huit mois après le dernier acte de publicité, lorsque le demandeur a employé des procédés frauduleux pour empêcher le défenseur d'user de cette voie de recours (Cass. Req. 16 fév. 1921, D. 1921. 1. 79; 2 juin 1923, D. 1924. 1. 8), ou seulement qu'il a signifié le jugement à parquet, comme si le défenseur était sans domicile ni résidence connus, alors qu'il savait où se trouvait ce dernier (Lyon, 14 mai 1912, D. 1913. 2. 85). La fraude est ici une véritable cause de nullité : les notifications et significations délivrées à tort et de mauvaise foi à parquet sont nulles pour fausse application même des prescriptions du c. de proc. (art. 68 et 69, § 8) (jugement inédit du Trib. de Lille, 16 mars, 1928, dame Quillot c/ son mari).

En général, la bonne foi pure et simple, c'est-à-dire la bonne intention, ne décharge l'auteur d'un fait illicite que de la responsabilité pénale encourue, au moins pour les infractions de nature intentionnelle. Elle ne le décharge pas pas de la responsabilité civile, qu'une simple faute d'imprudence ou de négligence, dite faute quasi-délictuelle, suffit à constituer (art. 1382 du c. civ.); et ce régime juridique civil s'étend exceptionnellement, en matière pénale, à la répression des infractions les moins graves, contraventions de police et délits assimilés. Mais ce n'est pas à dire que la rôle de la bonne foi y soit entièrement inopérant : si elle n'excuse pas, elle atténue sensiblement la faute. Manquer

* une obligation de prudence ou de diligence est évidemment moins grave que de manquer à celle de la bonne foi, et la responsabilité doit se mesurer à la gravité de la faute. A vrai dire, en bonne justice, seul l'acte pleinement voulu, auquel on assimile pratiquement le produit de la faute lourde qui en est difficilement séparable, doit rester entièrement, avec toutes ses conséquences, à la charge de son auteur; car lui seul n'est pas plus moins imputable à des circonstances ou des faits étrangers. Le droit anglais prévoit très bien que le jury tienne compte de l'intention de nuire comme élément d'aggravation des dommages-intérêts (Jenks, 61, t. 1, p. 253). Constamment, nos tribunaux tiennent comptent de l'intention dans l'adjudication des dommages-intérêts. Ainsi, ils se montrent plus sévères, en matière d'usurpation, lorsqu'elle a pour but une concurrence déloyale que lorsqu'elle n'est que le résultat d'une simple faute constitutive de *concurrence illicite*. (Bédarride, 11, n° 861; Pouillet, *loc. cit.*, n° 317). De même, en matière d'abus de citation, ils tendent à se montrer plus sévères pour un procès véritablement *malicieux* que pour un procès simplement téméraire.

TROISIÈME PARTIE

La protection de la bonne foi

*Fidei vivæ et operanti tribuitur justitia et
salus.*

ÉCRITURES.

*Hic pœnae scelerum ultrices posuere tribunal
Sontibus unde tremor. civibus onde salus.*

Ce distique, posé à l'entrée de la Cour d'assises de Paris, exprime énergiquement le double office de la Justice, qui est d'effrayer les coupables en les punissant et de rassurer les bons en les protégeant. Celui qui a montré une bonne volonté doit être récompensé, ou du moins soustrait aux sanctions pénales ou civiles; celui qui a montré une volonté normale, qui a cru se conformer au droit, doit être traité avec indulgence, lorsque effectivement il s'est trompé. Si la bonne foi a une valeur propre, elle mérite une protection particulière.

Mais une telle protection est grave, en ce qu'elle intervient précisément en faveur de celui qui n'a pas observé, tout en croyant le faire, des prescriptions du droit. On conçoit que les juges et surtout le législateur ne l'admettent pas aisément. Tout d'abord, elle ne saurait porter atteinte aux principes juridiques les plus stricts et les plus généraux, tels que celui de l'ordre public et celui de la responsabilité.

Aucune excuse n'est admise dans la transgression des lois d'ordre public (Cass. civ., 30 nov. 1853, S. 1854. 1. 27,

p. 1856. 1. 34, et note). C'est ainsi qu'un titre frappé d'une nullité d'ordre public ne peut jamais servir de juste titre, même dans les cas où un titre putatif suffit (Cass. civ., 19 déc. 1864, D. 1865. 1. 116, S. 1865. 1. 18, et sur renvoi, Rouen, 24 mai 1865, D. 1865. 2. 146, S. 1865. 2. 268). Cependant, la discrimination de ce qui est ou n'est pas d'ordre public n'est pas toujours facile à fixer (Toulouse, 27 mai 1878, S. 1880, 2. 5, P. 1880, 84, et note).

Quant au principe de la *responsabilité*, il régit tout fait de l'homme (C. civ., art. 1382). Il suffit d'une faute légère pour que l'erreur commise reste à la charge de son auteur. Pour que puisse jouer l'excuse de la bonne foi, il faut que l'auteur de l'erreur ne puisse en être tenu pour responsable, qu'il en soit juridiquement innocent, c'est-à-dire qu'il soit en mesure d'invoquer une bonne intention exempte de toute faute. La bonne foi protégée est celle de la *croyance erronée et excusable*. Il y a là une notion importante et délicate qui mérite d'être approfondie.

CHAPITRE PREMIER

La notion d'erreur excusable

*Rien n'est plus important que de bien
discerner les fautes qui méritent d'être
punies et celles qui méritent d'être par-
données.*

ROLLIN.

Toute erreur de bonne foi mérite protection. Il y a là une victime que le droit doit recourir : victime d'autrui, ou victime des circonstances, ou encore, dans une certaine mesure, victime de soi-même.

Il y a des erreurs de bonne foi qui ont valu une protection juridique spéciale, parce qu'elles touchent à des principes nettement organisés. Ce sont :

1° Celles qui sont imputables, soit à un dol, soit à une simple faute d'autrui : leur auteur en doit réparation, soit en vertu de l'acte juridique, soit en vertu du principe général de la *responsabilité* qui domine tous les rapports de droit ou de fait.

2° Les erreurs qui vicient le *consentement*. A la manifestation de volonté doit correspondre le vouloir intime, au consentement juridique le consentement naturel et véritable : il ne suffit pas qu'une chose soit apparemment voulue, il faut qu'elle le soit réellement. Sinon, l'acte juridique est susceptible d'annulation, en vertu de ce qu'on peut appeler le principe de l'intégrité de la volonté.

3° Les erreurs qui violent une obligation de *garantie* de

la part de l'autre partie, obligation soit stipulée, soit inhérente au contrat (vente, louage, etc.). Le garant répond des vices cachés de la chose : il est passible d'une action en résolution du contrat ou d'une action en réduction de prix.

Ces diverses sortes d'erreurs, dont l'exigence de bonne foi est plus ou moins large, concernent les rapports de fait encore plus que les rapports de droit. Qu'en est-il des autres, en faveur desquelles n'intervient pas de principe juridique organisé et pour lesquelles n'a pas été établie une théorie d'ensemble? Est-il vrai que, en prenant pour type le possesseur de bonne foi, l'erreur qui n'a pas d'autre raison de protection que la bonne foi de son auteur, soit celle qui porte exclusivement sur un vice juridique, un *défaut de droit*, de sorte que la considération de la bonne ou de la mauvaise foi, comme l'affirme Hegetsschweiler (56, p. 8¹), ne présente d'importance que là où manque une exigence juridique? Nous hésitons à le dire d'une façon si absolue, tellement les rapports de fait se mêlent constamment aux rapports de droit.

Plus important, pour l'édification d'une théorie générale, est de rechercher et d'essayer de déterminer en quoi doit consister cette bonne foi qui excuse l'erreur, en d'autres termes la croyance erronée (*der guter Glaube*) qui appelle une protection particulière. Un auteur suisse récent, Hegetsschweiler, qui a soigneusement indiqué l'état de la question, donne une définition qui mérite d'être retenue : « La bonne foi est une ignorance non fautive (excusable) d'un défaut de droit² » Ce principe comprend deux idées

1. Cf. Ramdohr, *Das Rechtsprinzip zum Schutze mangelhafter menschlicher Erkenntnisfähigkeit im B. G. B.*, in *Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts* (Gruchot), t. XLIV, 1900, p. 120.

2. Der guter Glaube ist ein schuldloses Nichtkennen eines rechtlichen Mangels (56, p. 8).

à analyser : celle de l'ignorance et celle de l'excusabilité. Elles ont fait l'objet, l'une et l'autre, de discussions pénétrantes et subtiles de la part des auteurs de langue allemande qui ont eu le mérite de s'en occuper.

La bonne foi dont nous parlons doit-elle être une simple ignorance d'un défaut de droit, ou au contraire, une véritable conviction d'une plénitude de droit? Avant Hegetsschweiler, Stintzing (121, p. 60 et s., 120 et s.) et Savigny (*System des heutigen römischen Rechts*, t. III, Berlin, 1840, p. 372), suivis par certains commentateurs des Codes civils suisse¹ et allemand², auxquels sembleraient pouvoir être ajoutés des commentateurs du Code civil français³, ont, à propos de la possession, déterminé la bonne foi d'une façon purement négative, comme une *ignorance* (*als ein Nichtkennen*). Cette opinion est conforme aux textes qui caractérisent la bonne foi du possesseur par une ignorance des vices de l'acquisition (Z. G. B., art. 714; B. G. B., art. 932; C. civ., art. 550; etc.), et à ceux qui, en ne déterminant que la mauvaise foi, ne permettent de définir la bonne foi que négativement, comme son contraire (Z. G. B., art. 974). Elle s'appuie sur la présomption générale de la bonne foi, qui, dit-on, serait incompréhensible dans l'autre conception : si la bonne foi n'est pas à prouver, c'est qu'elle est une idée négative; il n'y a même pas là une véritable présomption, ce n'est qu'une répartition naturelle de la charge de la preuve. «Celui qui reproche à un adversaire sa déloyauté, disait Savigny (*loc. cit.*),

1. Wieland, *Das Sachenrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Zürich, 1909, art. 714. Z. G. B., rem. 3; cf. art. 933, rem. 2; Leeman, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuches, Sachenrecht*, Berne, 1911, n° 22, sous art. 714 Z. G. B.

2. Ramdohr, *op.cit.*, p. 118 et s.; Beckh, *Die Beweislast nach dem bürgerlichen Recht*, Munich, 1899, p. 60 et s.

3. Aubry et Rau, 7, t. II, p. 405; Planiol et Ripert, 97, t. III, p. 182; etc. Cependant les auteurs français, ne se plaçant pas au même point de vue, n'opposent pas l'ignorance à la conviction.

doit la prouver comme un fait. Nous procédons le plus exactement possible, quand nous exprimons la bonne foi en général d'une façon aussi négative que celle-ci : l'absence d'une conscience déloyale ».

Cependant, l'opinion contraire a prévalu que la bonne foi est une *conviction* positive, une conviction loyale (*redliche Ueberzeugung*) de ne pas agir contre le droit (Schirmer, 109, p. 214, 229 et s.; Wächter, 128, p. 9 et s.). La plupart des commentateurs des Codes suisse et allemand¹ s'y sont rangés, et la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse² a défendu constamment ce point de vue. Il y a un véritable abus de langage à dire que la bonne foi n'est que l'absence de la mauvaise foi, comme si l'on disait que la loyauté n'est que l'absence de la déloyauté. A comparer, le bien n'est-il pas éminemment plus positif que le mal³? Et si, d'ordinaire, la charge de la preuve doit commencer sur la mauvaise foi, n'est-ce pas tout simplement parce qu'elle constitue un fait moins normal que la bonne foi? C'est ainsi que la preuve de la bonne foi se trouve tout simplement réglée par l'ancien principe : « Quibilet presumitur bonus donec probeatur contrarium » (Wickmann, 134, p. 19).

Sans se rallier à cette opinion, Goldschmidt (51, p. 27), Burekhard (24, p. 329 et s.) et plus récemment Escher (p. 143, cité par Hegetsschweiler, 56, p. 5), ont reconnu qu'il y a des cas où une ignorance du défaut de droit ne suffit pas,

1. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*. VIII. Francfort. 1900, § 176, n° 3-6; Schneider et Fick, *Das schweizerische Obligationenrecht*, § 205; Dernburg, *Pandekten*, I, p. 541 et s.; Crome, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, t. I, 1900, p. 109; Randa, *Das Eigentumrecht nach österreichischem Recht*, Leipzig. 18 p. p. 322 et s.; etc.

2. *Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes*, t. XIV, p. 100 et s.; XX, 442; XXI, 835; XXV, 2, 841; XXVIII, 2, 367; XXXVI, 2, 356. Jurisprudence s'appuyant notamment sur Windscheid, qui, dans ses *Pandectes* précitées, définit la bonne foi dans la prescription « la loyale conviction de ne commettre aucune injustice (*Unrecht*) matérielle dans l'appropriation de la chose ».

3. Leibnitz en a fait une profonde démonstration : « Bonum est causa integra, malum est quolibet defectu; malum causam habet, non efficientem, sed deficientem » (*Théodicée*, I, 33).

mais où l'on peut demander une véritable conviction. Il est certain que la rigueur avec laquelle la bonne foi est exigée ou exigible, n'est pas uniforme, mais doit être adaptée aux situations.

Goldschmidt reste, en principe, attaché à la conception négative, comme plus favorable aux rapports d'affaires, en faisant remarquer qu'un homme prévoyant peut être, en toute conscience, ignorant du défaut de droit de son alié-nateur, sans être absolument convaincu du droit de celui-ci. Il serait, dit-on (Hegetsschweiler, 56, p. 8), bien injuste de mettre quelqu'un qui, par scrupule, n'est parvenu à aucune conviction, au-dessous de celui qui s'est formé une opinion moins soigneusement. Mais précisément la conviction erronée, pour être légitime, ne demande-t-elle pas à être formée avec soin ?

Nous arrivons ainsi à la question essentielle, celle de l'*excusabilité* de l'erreur. Elle fait l'objet d'une profonde et déjà ancienne controverse entre des auteurs allemands. Dans leur conception négative, Stintzing (121, p. 65- 72) et Savigny (*op. cit.*, p. 371) ont compris logiquement dans la bonne foi toute ignorance d'un défaut de droit. Même certains juristes qui ont admis la notion positive de la bonne foi, ont pensé qu'elle pouvait comprendre toute croyance, excusable ou non : c'est ce que Wächter a soutenu contre Bruns, dans une controverse serrée à propos de l'application de l'usucapion dans le célèbre procès de Giessen. Wächter (128, p. 59-60) admet bien, avec Bruns, que « la pensée qui fonde également nos sources de la bonne foi est l'intention loyale et honnête de la confiance loyale » (*der des redlichen Vertrauens, redlicher, ehrlicher Gesinnung*)¹. Mais, voyant l'essence de la bonne foi dans

1. Le principe que la bonne foi a sa racine dans l'intention loyale, a été généralement admis (Goldschmidt. 51. p. 30; Burckhard. 24. p. 321 et s.), surtout à la suite de Bruns (Arndt, *Pandekten*, Stuttgart, 1883. XI; Brinz, *Pandekten*, Erlangen, 1873, 1892, II; etc.)

le fait de la croyance, croyance de ne rien faire d'illégitime, il en détache l'excusabilité comme une qualité extérieure servant à en déterminer les effets, non l'existence. « La bonne foi, dit-il (p. 14), est un simple fait dont l'existence ne peut dépendre du genre de cause à laquelle elle se rapporte, ni même de l'excusabilité de cette cause ». Effectivement, une intention loyale et honnête ne peut-elle pas se trouver chez quelqu'un agissant inconsidérément ?

La conséquence de cette conception est de s'en tenir à un point de vue strictement psychologique, pour déterminer l'état de bonne foi selon les particularités individuelles des dispositions, des capacités et du caractère de chacun. L'inexpérimenté, le crédule, le sot, croit plus facilement que l'expérimenté, le judicieux, l'avisé : il voit moins les difficultés, les doutes lui viennent moins à l'esprit ; il doit donc être jugé plus favorablement. Mais il y a plus : l'étourdi, le passionné, l'intéressé, ne pensant qu'à ses fins, ne voit que son avantage et reste aveugle aux empêchements provenant du droit d'autrui, tandis que l'homme honnête, loyal et consciencieux, craignant de léser son prochain, peut avoir plus de considération pour le droit d'autrui que pour le sien propre. Le premier doit-il, en conséquence, être plus facilement admis que le second en état de bonne foi, avec tous les avantages qui y sont attachés ? Peut-on admettre que son égoïste prévention lui soit profitable ?

Bruns (23, p. 12-13) a très finement montré les conséquences peu morales de ce point de vue, d'après lequel ce qui importe n'est nullement ce qui est juste en soi et doit être cru, mais seulement ce qui est cru effectivement et plus ou moins considérément, et qui n'est autre, bien souvent, que ce qui se présente comme le plus avantageux. « Dès qu'on

admet, fait-il remarquer (p. 13), que c'est la croyance subjective qui est décisive pour la bonne foi, l'on doit aussi admettre, selon les principes psychologiques, que très vraisemblablement l'on a dû croire ce qui était pour soi le plus avantageux. » Même si l'on a consulté un homme de loi, on n'a pas manqué de s'adresser à celui qui paraissait devoir comprendre la question en sa propre faveur, et de retenir plus volontiers les arguments favorables que les autres. « Ce serait un bien mauvais avocat que celui qui ne pourrait aisément persuader à un profane inexpérimenté, spécialement à une femme, tout ce qui est à son avantage. » (*loc. cit.*).

Sans doute, celui qui croit en son droit, même à la légère et sans conviction solide, est toujours préférable à celui qui connaît nettement son tort et se comporte avec une patente mauvaise foi; il doit donc être traité plus favorablement. Sa bonne foi toute subjective, mais exclusive d'une intention dolosive ou délictuelle, suffira pour le protéger contre une répression pénale, qui, en principe, ne s'attaque qu'aux actes illicites intentionnels. Or, toute erreur, serait-elle grossière et impardonnable, est exclusive d'intention à proprement parler, et ne peut laisser subsister qu'une faute, quand même ce serait une faute lourde, voisine du dol. Dans les rapports d'affaires, où les droits des parties sont enchevêtrés et touchent plus ou moins aux intérêts des tiers, il ne s'agit plus d'une simple volonté subjective à punir si elle a été illicite, ou au contraire à récompenser si elle a été légitime; mais il faut respecter d'autres principes plus objectifs de sécurité et de confiance, de justice et de responsabilité. Ce n'est pas en considération d'un état subjectif de croyance fortuite et variable, mais par une mesure générale et objective appropriée aux rapports juridiques, que certains, reconnus de bonne foi, doivent être traités plus favorablement, d'au-

tant plus qu'un tel traitement de faveur, par exemple pour l'acquisition d'un droit, ne s'exerce, il ne faut pas l'oublier, qu'au détriment d'autrui, généralement de celui qui perd son droit.

La pratique et la plus grande partie de la doctrine, observe Bruns (23, p. 17), ont toujours plus ou moins explicitement exigé, pour l'efficacité de la bonne foi, que la croyance soit justifiable et l'erreur excusable. On trouve ce principe chez les anciens auteurs, comme Carpzov, qui, suivant les idées de ses devanciers, définit la bonne foi, en matière de droits réels : « sincera et illæsa conscientia excusans possessorem de ignorantia rei alienæ, vel justa opinio qua quis credit rem esse suam. » (*Definitiones forenses*, II, 3, 6)¹. Le fondement authentique de la *bona fides* paraît bien être plutôt dans l'idée de loyauté que dans celle d'erreur, et c'est à la *bona fides* comme à un principe originaire qu'il faut rattacher la *guter Glaube*. Plusieurs législations nouvelles ont nettement mis la loyauté de la possession à la base des déterminations de l'usucapion et des autres effets attachés à la bonne foi du possesseur. Citons les législations prussienne, saxonne, autrichienne (Bruns, 23, p. 18; cependant, dans le nouveau C. civ. allemand, où avec le système de la publicité foncière, la prescription immobilière possède un caractère spécial, la bonne foi joue ici un rôle effacé), chilienne (C. civ., art. 706), monténégrin (C. civ., art. 816), etc. Ce dernier texte, excellente œuvre doctrinale, est le plus explicite : « La possession est de bonne foi (*nezlomiscena*, de bonne intention) quand le possesseur a la ferme conviction et, d'après les circonstances, a de sérieux motifs

1. Pothier, reprenant également la définition romaine, définit la bonne foi du possesseur : « justa opinio quasitæ dominii » (*Pandect.*, V, 3, n° 77; p. 149).

de penser qu'il est légitimement possesseur. Au contraire, la possession est de mauvaise foi (*zlotmiscena*, de mauvaise intention) quand le possesseur n'a pas ou n'a plus cette conviction. »

Dans ce sens, la jurisprudence française, nous aurons souvent l'occasion de le remarquer, n'accorde généralement d'effets juridiques à la bonne foi que si elle est excusable, c'est-à-dire exempte de faute. De même, des décisions étrangères, en Suisse (App. Genève, 14 mars 1897, *Giur. ital.*, 428), en Italie, etc. Ainsi, à propos du mariage putatif, la Cour de Cassation de Palerme a très heureusement posé en principe : « La bonne foi est la confiance sincère, non suspecte, ni douteuse, sur la validité de l'acte qui s'accomplit (Cass. Palerme, 16 janv. 1915, *Riv. di diritto civile*, VII, 1915, p. 253)¹.

Le principe juridique de la bonne foi comporte ainsi une exigence morale de loyauté active et rigoureuse. Aussi Bruns (23, p. 17) le qualifie-t-il de principe éthico-juridique; car « ce qui importe, ce n'est pas ce qu'on croit effectivement, mais ce qu'on a pu et dû croire et savoir. » Les Romains avaient bien vu, sans suffisamment le déterminer, que la bonne foi (*bona fides*) doit se tenir en étroite liaison avec la diligence² (*diligentia*). Ne tenant nullement pour suffisante l'absence de déloyauté consciente et intentionnelle, ils exigeaient,

1. Il est étonnant que cette très juste jurisprudence soit critiquée par Ascoli (*Riv. di diritto civile*. VII, 1915. p. 253). d'après qui l'excusabilité de l'erreur ne serait même pas un élément requis pour la bonne foi, sous prétexte que le Code civil italien ne l'indique jamais, ne se préoccupe de cet élément qu'au sujet de l'exécution des obligations. (art. 1224) et oppose dans certains cas la bonne foi à la faute (art. 451).

2. Le principe est ainsi formulé dans le *Digeste* : « Facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia obijciatur : quid enim, si omnes in civitate sciant, quid ille solus ignorat? Et recte Labeo definit scientiam neque curiosissimi, neque negligentissimi hominis accipiendam : verum ejus qui eam rem diligenter inquirendo notam habere possit ». (*Dig.*, liv. 22, t. VI, L. 9. § 2. Cf., au même titre, la loi 6),

à la base de la croyance, un examen loyal positif des circonstances (*causa, quare pulare possit*), et ils recherchaient le juste motif de croire (*justa ratione motus*), en le comprenant dans l'idée même de la bonne foi (*cæterum sufficit bonam fidem adesse* : L. 11, *depositi*, Sabinus). La diligence requise dans la bonne foi, en droit romain, est tantôt celle de l'homme moyen (*neque curiosissimi, neque negligentissimi hominis* : texte cité en note), tantôt celle employée à ses propres affaires (*nec minorem is quam suis rebus præstabit* : L. 32, *depositi*, Celse, d'accord avec Ulpien), tantôt celle d'un examen scrupuleux (*scrupulosa inquisitio* : L. 6, *de juris et factis ignorantia*), selon les cas, sans que les Romains se soient élevés à une détermination générale et précise du principe.

Un fait subjectif comme celui de la croyance ne saurait baser une règle juridique, pas plus qu'une règle morale, sans être intégré en un principe objectif, tel qu'une norme éthico-juridique d'honnêteté et de loyauté, qui permette de le qualifier. Pour pouvoir être qualifiée de *bonne*, la croyance erronée de celui qui invoque sa bonne foi ne doit être ni aveugle, ni négligente, mais consciencieuse, éclairée et appuyée sur un examen critique de la légitimité du droit acquis. « Une modeste défiance, dit élégamment Shakespeare, est le flambeau du sage, la sonde qui pénètre au fond des choses pour s'assurer de la gravité du mal. » Et la prudence n'est-elle pas, comme on l'a dit, une des forces qui dominent le monde¹? Il faut surtout se garder de la paresse qui, comme le constate Bossuet, « fait qu'on aime mieux croire que d'examiner, parce que le premier est bientôt fait et que le second demande une recherche plus longue et plus pénible ».

1. « Trois puissances dominent le monde, a dit très justement un ancien; συνέσις, κρατος, και τυχή : prudence, force et fortune ». (Schopenhauer, *Aphorismes*).

ble. » La nécessité morale d'un examen réfléchi et critique avant d'adhérer aux croyances, n'a cessé d'être affirmé par les philosophes¹.

Les sages règles de droit doivent être inspirées de ces préceptes fondamentaux, en sachant concilier la protection de la bonne volonté avec le respect du droit d'autrui. Il n'y a pas de raison de protéger contre le préjudice auquel il s'est exposé, celui qui a traité inconsidérément, par exemple en acquérant d'un inconnu à qualité suspecte, et de lui assurer un droit illégitime au préjudice du véritable titulaire. Seule une parfaite honnêteté de l'*errant* est susceptible de couvrir l'irrégularité de son acte lésant un droit antérieur, et elle n'est juridiquement caractérisée et efficace que si elle s'est employée avec assez de diligence pour éviter, autant qu'humainement possible, les risques d'erreur. Sans exiger toujours une croyance invincible, on demande au moins une honnête croyance (Cour suprême d'Ottawa, 10 déc. 1925, *Law Reports*, 1926, p. 129, rapporté par M. Demogue dans *Rev. trim.*, déc. 1926, p. 1126).

Il y a là matière à une véritable obligation juridique, celle d'examiner avec un soin loyal si les actes qu'on veut faire sont conformes au droit (*Pflicht des Nachdenkens un der Ueberlegung*, *Ueberlegungspflicht*, *Pflicht der redlichen Ueberlegung*²), et de recueillir les renseignements nécessaires à cet examen (*Nachforderungspflicht*, *Erkundigungspflicht*³). En omettant de prendre ces précautions, on s'expose à com-

1. « C'est, dit M. Balfour, à la fois le privilège et la mission de tout homme de soumettre les maximes à un examen critique... » (Balfour. *Les bases de la croyance*, trad. par G. Art., Paris, Montgredien, 1896). Rauh (*L'Expérience morale*, Paris, Alcan, 1903) explique avec pénétration que l'honnête homme, devant être raisonnable, ne fixe ses croyances qu'après les avoir soumises à la critique de la raison et à l'épreuve de l'expérience.

2. Bruns, 23, p. 75. 81. 87. 92. etc.

3. Wickmann, 134. p. 21; Wendt, 131, p. 8; Staudiger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. III, p. 309.

mettre une illégalité et une injustice, et par le seul fait, on se rend coupable d'une négligence ou d'une imprudence, qui entraîne la responsabilité personnelle et ne permet pas de bénéficier d'une excuse de bonne foi. « L'erreur excusable, dit M. Saleilles, forme la ligne séparatrice entre la négligence, c'est-à-dire la responsabilité d'une part, et l'absence de faute d'autre part. » (*Théorie générale de l'obligation*, Pichon, 1890, p. 359). La faute consiste à manquer de prévoir et d'éviter les conséquences dommageables de l'acte irrégulier.

Quant à la mesure précise de cette faute, elle est essentiellement fonction du rapport de fait et de droit. Il est exagéré de dire, avec certains auteurs (Wendt, 130, p. 450; Wickmann, 134, p. 20), qu'elle n'est contrôlable que par le sentiment. Mais il est vrai qu'elle s'apprécie en particulier, sous des principes directeurs. Aussi est-il sage de laisser le soin de cette appréciation aux juges du fait, sans aller cependant si loin que la jurisprudence française dans le sens de ce pouvoir souverain. Tout pouvoir souverain doit, en effet, être contrôlable en droit par la Cour suprême (Dereux, 45). Ce qui explique l'exagération de notre jurisprudence, c'est que notre Code déjà ancien s'est désintéressé de la question.

Les nouveaux Codes allemand et suisse donnent, au contraire, des directives d'appréciation. L'art. 276, al. 2 du Code civil allemand dispose : « Agit négligemment celui qui omet le soin requis dans les rapports d'affaires » (*die im Verkehr erforderliche Sorgfalt*). La mesure de l'appréciation des relations d'affaires (*der Massstab der Verkersanschauung*) que la loi prescrit d'adopter dans l'examen de la négligence, diffère selon les cas et les personnes. C'est ainsi que le Code de commerce exige successivement la diligence d'un marchand, celle d'un armateur, celle d'un transporteur, ou celle d'un homme d'affaires ordinaire (art. 84, 241, 249, 347,

384, 407, 429, 497, 511, 653) (Wickmann, **134**, p. 20). Le code civil fait aussi des distinctions selon le genre de droit : dans certains cas de la partie générale et du droit des obligations, une négligence quelconque suffit pour exclure la bonne foi (art. 122, 169, 179, 405; Busch. **25**, p. 18 et s.); dans le droit des biens mobiliers, c'est l'ignorance imputable à une grande négligence, qui est constitutive de la mauvaise foi (art. 932 et s.; Wendt, **131**, p. 5 et s.; Wickmann, **134** p. 15 et s.¹); dans le droit des biens immobiliers, la loi va jusqu'à ne taxer de mauvaise foi qu'une connaissance effective (art. 892 et s.). Il faut reconnaître que la démarcation entre la simple et la grande négligence reste « fluide et incertaine », comme le dit Wendt (**131**, p. 8). Les distinctions de ce genre ne peuvent constituer que des directives destinées à atténuer un peu l'arbitraire et les divergences des appréciations subjectives.

Le Code civil fédéral suisse a essayé de formuler un critérium général, dans son art. 3 ainsi conçu : « Nul ne peut invoquer sa bonne foi si elle est incompatible avec l'attention² que les circonstances permettaient d'exiger de lui. » C'est l'« attention ordinaire » dont parlait déjà le Code civil de 1887 du Canton de Zürich (art. 74). La bonne foi ne saurait reposer sur une négligence : c'est la jurisprudence constante du Tribunal fédéral³, comme c'est, nous le verrons, celle

1. Le code japonais (art. 192) exige bien l'absence de faute ajoutée à la bonne foi, pour l'acquisition instantanée des meubles; mais il ne donne pas de précision pour l'appréciation de la faute.

2. Le rôle de l'attention dans l'appréciation de l'erreur a fait l'objet d'une théorie particulière dans la doctrine allemande, spécialement chez Savigny (*System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840. t. III, p. 368 et s.) et chez Wachter (128, p. 15 et s.). Cette théorie est basée sur la distinction de l'erreur attentive et de l'erreur inattentive (*von achten und unächtem Irrtum*). Mais elle paraît être restée une construction trop abstraite et à priori pour permettre de déterminer le contenu d'une notion aussi positive que celle de la bonne foi. (Bruns. **23**, p. 74).

3. *Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes*, XIV, p. 100; XX, p. 442; XXI, p. 835; XXV, 2, p. 246; XXXVI, 2, p. 356.

des tribunaux français. Quant à la gravité de la faute exclusive de la bonne foi, on paraît plutôt entendre le texte précité comme la restreignant à la négligence grossière; mais il est plus raisonnable de l'étendre à toute *culpa in concreto*¹.

On doit admettre, avec la loi suisse, qu'une personne est de mauvaise foi quand elle *aurait dû*, en raison des circonstances données, connaître le véritable état de choses. Les Commentaires de l'avant-projet du Code suisse subsumaient sous l'idée de mauvaise foi une obligation de savoir (*ein Wissenmüssen*) (*Erläuterung zum Vorentwurf des schweizerischen Z. G. B.*, III, 1902, Berne, p. 411), et l'art. 974 notamment décrit expressément la mauvaise foi, non seulement comme une connaissance, mais aussi comme une obligation de savoir (*als Kennen oder Kennenmüssen* : Hegetschweiler, 56, p. 5) : le tiers qui *connaît ou doit connaître* le vice d'une inscription au livre foncier, ne peut pas s'en rapporter à cette inscription inexacte. Le Tribunal fédéral s'est constamment conformé à cette règle (*Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts*, XIV, p. 100; XXXVI, p. 356). — Le Code civil allemand met aussi, à plusieurs occasions, le « savoir » en équivalence avec le « devoir savoir » (*kennen müssen, kennen sollen*). Dans le même sens, quoique libellée en des termes différents, est la disposition importante de l'art. 932 : « L'acquéreur (de biens mobiliers) n'est pas de bonne foi quand il sait ou ignore par suite d'une grande négligence que la chose n'appartient pas à l'aliénateur. » — Déjà le droit romain avait donné cette équivalence : *aut scit aut scire debet*, est-il dit à propos de la bonne foi comme condition de l'usucapion (L. 7, § 2, *Pro emlore*).

1. Hegetschweiler, 56, p. 10. Cf. Hafner, *Das schweizerische Obligationenrecht*, II, Zürich, 1905, sous l'art. 205; Wendt, 131, p. 6; etc.

Il se justifie qu'une ignorance ou une méprise imputable à négligence, qui aurait dû être évitée, équivaille, pour la mauvaise foi, à une connaissance effective : la responsabilité doit en rester à son auteur. C'est ce qui rend possible la preuve de la mauvaise foi, état interne et caché : le demandeur ne manquerait guère d'échouer sur cette preuve très difficile en elle-même, s'il lui fallait établir la connaissance effective du vice juridique, et si la preuve que le défendeur aurait pu et dû connaître ce vice ne suffisait pas. Les Romains avaient si bien senti cette relation étroite entre l'excusabilité et la démontrabilité de l'erreur, qu'ils ont appelé l'erreur excusable une erreur probable (*error probabilis* : Dig. 1, 5, § 1, *pro suo*, 41, 10; Bähr, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, p. 75). La preuve, qui le plus souvent se réduit à de simples présomptions, se tire de probabilités, de vraisemblances, du caractère normal ou anormal de la situation où est née l'erreur et qui a dû inspirer confiance ou, au contraire, éveiller la suspicion chez celui qui invoque sa bonne foi.

Le doute est exclusif de la croyance sincère : il vicie la bonne foi. « Le doute, dit Cicéron, semble envelopper dans son obscurité quelque dessein d'injustice » (*De Officiis*, 1, 29). La jurisprudence exige formellement que la bonne foi, pour être juridiquement qualifiée, soit entière, sans le moindre doute au moment de l'acquisition (en matière d'usucapion, Req. 8 août 1870, D. 1872. 1. 17; Req. 11 mai 1909, D. 1909. 1. 312, S. 1910. 1. 172; etc.). On n'admet le doute que dans la suite de la possession, lorsque la survenance tardive de la mauvaise foi est inopérante (C. civ. allemand, art. 937; jurisprudence française en matière d'usucapion, *infra*).

Le doute ne doit constituer qu'un état provisoire d'incertitude, qui ne peut subsister sans tomber dans la

mauvaise foi; il appelle lui-même sa destruction : il oblige à se renseigner. Comme le remarque Exner (p. 85, cité par Hegetsschweiler, 56, p. 12), l'obligation de se renseigner (*Die Pflicht zur Erkundung*) tient en elle-même le milieu entre la connaissance et l'ignorance. L'ignorance des empêchements juridiques s'opposant à l'acquisition fait la croyance en la légitimité de l'acquisition, sans que cette croyance ait besoin de se formuler très nettement dans l'esprit de l'acquéreur. Il faut que des circonstances particulières viennent lui révéler ce qu'il ne soupçonnait pas, pour que, avec le doute, il prenne plus clairement conscience de la situation, tant subjectivement qu'objectivement parlant. (Wickmann, 134, p. 18). Dès qu'on a une raison de douter de la régularité de l'acte entrepris, par exemple relativement à la légitimité de la propriété d'un aliénateur, il faut, ou refuser de traiter, ou s'enquérir de la question, jusqu'à ce qu'on puisse asseoir une conviction ferme. C'était un juste précepte enseigné par le droit canonique que, dans le doute, même après l'entrée en possession, l'on devait faire toute diligence pour retrouver le vrai propriétaire, et qu'on ne pouvait conserver la chose qu'à la suite de recherches infructueuses (*Canons*, V. ch. 34, 9, 1; Ruta, 105, p. 49).

C'est par l'existence d'un doute que se révèle le mieux la mauvaise foi, et par l'absence de doute, la bonne foi. L'on y a même vu l'unique critérium pratique (Demogue, *R. Irim.*, oct.-déc. 1926, p. 1126). Comme pour la connaissance positive, le doute que consciencieusement on *a dû* ou *aurait dû* avoir, est à mettre sur le même pied que le doute effectif. Le Code civil du Canton de Zürich a nettement et explicitement consacré le principe en matière possessoire : « N'est pas un possesseur de bonne foi celui qui, au moment de s'emparer de la chose, devait, avec une attention ordinaire,

concevoir des doutes sur la valeur de son titre et qui s'est néanmoins mis indûment en possession sans autre vérification. » (art. 74). Et Goldschmidt explique très bien (51, p. 33) : « Celui qui reste fermé à la vérité reconnaissable pour tous, celui qui est trop accommodant ou négligent pour concevoir un doute, là où se présentent de suffisants motifs de doute pour un homme réfléchi, celui qui, malgré un doute effectif, nécessaire et bien fondé, omet de recourir à un moyen approprié à la recherche de la vérité, celui-là se trompe bien, mais son erreur n'est ni excusable, ni de bonne foi. »

Ainsi doivent être recherchées et pesées les raisons de croire, pour pouvoir apprécier si l'erreur commise est excusable. La question essentielle est celle du comment et du pourquoi l'on a cru à tort; celle de l'objet de la croyance n'a, en principe, d'intérêt que lorsqu'elle peut servir à déterminer le caractère de cette croyance. En est-il autrement quand l'erreur porte sur le droit? L'*erreur de droit* est-elle excusable au même titre que l'*erreur de fait*?

Les Romains ont fait la distinction entre ces deux sortes d'erreurs; ils ont posé la double règle : *error facti prodest, error juris non prodest*¹. Et la seconde règle se rattache à celle-ci : « Juris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet. » (*Dig.*, L. 7 et 8, *De juris et facti ignorantia*, 22, 6). Il est très naturel et très juste que l'erreur soit appréciée plus sévèrement lorsqu'elle est invoquée pour obtenir un profit (*de lucro captando*), que lorsqu'elle l'est seulement pour éviter un dommage (*de damno vitando*); mais il n'y a pas là une règle spéciale à l'erreur de

1. « Nunquam in usucapionibus juris error possessori prodest » (*Dig.*, L. 31, *De usucapione*). « Juris ignorantiam in usucapione prodesse negatur, facti vero ignorantiam prodesse constat » (L. 4, *De juris ignorantia*). « Regula est juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere ». (Paul, L. 9, *De juris et facti ignorantia*, 22. 6).

droit (Bruns, 23, p. 23 et 104), et cette distinction se rattache à la règle romaine que l'exception s'accorde bien plus facilement que l'action (Arthaud, 6, p. 39). Si l'*error juris* n'était pas admise, c'est qu'elle passait pour inexcusable¹, comme portant sur des choses qu'on doit connaître. Un texte de Neratius explique qu'elle est coupable, « quum jus finitum et possit esse et debeat », tandis que l'*error facti* est excusable, parce que « facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat » (*Dig.*, L. 2, *De juris et facti ignorantia*). En somme, les règles précitées semblent se réduire à des présomptions pour faciliter l'appréciation de savoir si celui qui invoquait une erreur avait ou non une faute à se reprocher (Arthaud, 6, p. 41); elles rentrent dans le principe essentiel et général de la *bona fides* (Bruns, 23, p. 20 et 108).

Sous l'influence des règles romaines étroitement interprétées, certaines législations, notamment celles de la République Argentine et du Chili (C. civ. chilien, art. 706, al. 4) ont refusé d'admettre l'erreur de droit comme pouvant servir de base à la bonne foi. Le Code napolitain et, dans une certaine mesure, le Code piémontais avaient fait de même; mais le Code italien ne les a heureusement pas suivis : en admettant l'erreur de droit comme cause de nullité de contrat (art. 1109), il a permis à la jurisprudence de l'admettre également comme cause de bonne foi², et cette jurisprudence est généralement approuvée par la doctrine (*Riv. di diritto civile*, VII, 1915, p. 251). En France, la loi ne pose aucune distinction, et en conséquence la jurisprudence³ admet, en

1. « Ignorantia excusatur non juris, sed factis » (Ulpian, *Dig.*, L. 11, 4, *De iis qui notantur infamia*).

2. En matière de mariage putatif : Cass. Naples. 25 avril 1892, *Giur. ital.* 818; Cass. Naples. 28 août 1893, *Giur. ital.* 1894. 68.

3. En matière de mariage putatif : Cass. Civ. 30 juill. 1900. D. 1901. 1. 317. S. 1902. 1. 125. note Wahl; Civ. 5 janv. 1910, D. 1911. 1. 238. S. 1912. 1. 249.

principe, l'erreur de droit comme l'erreur de fait. Le Code allemand ne fait pas, non plus, de distinction.

On admet généralement aujourd'hui que l'ancienne maxime *Nemo jus ignorare censetur* ne fait pas obstacle à cette solution (Dereux, 45; Binet, note sous Cass. civ. 5 nov. 1913, D. 1914. 1. 281). La seule portée positive de la règle ainsi formulée est dans la présomption irréfragable de connaissance des lois promulguées (C. civ., art. 1^{er}), qui a pour effet de soumettre les particuliers à leur exécution obligatoire : on ne peut invoquer son ignorance des dispositions légales pour se soustraire à leur application. Mais cela ne signifie pas du tout que, par une fiction absurde, chacun soit réputé instruit de toutes les règles de droit (!), et que l'ignorance qu'il a pu en avoir ne doive jamais, sous certaines conditions, être prise en considération.

Cependant, l'erreur de droit ne doit pas être admise comme excusable aussi facilement que l'erreur de fait. C'est ce qui reste vrai de la règle romaine (*Dig. L. 2, De juris ignorantia*), et c'est ici qu'intervient avec rigueur l'obligation de se renseigner. « C'est même chose, disait Portalis, d'avoir connu la loi ou d'avoir pu la connaître. » Si l'on ne doit pas tirer profit de son ignorance du droit, c'est parce que cette ignorance « est au préjudice de celui à qui il est facile de savoir » (*Dig., L. 9, § 3*). Il faut consulter ceux qui savent, les *prudenteriores* (*Dig., L. 10. De bon. poss.; L. 2, § 5, Quis ordo.*, 38, 15), les hommes de loi. La consultation sur le droit (*die Rechtsbelehrung* : Bruns, 23, p. 120 et s.) rentre dans l'examen loyal (*die redliche Ueberlegung*) du droit d'acquérir;

note Naquet; Nîmes, 27 oct. 1919, S. 1922. 2. 33. note M. E. Cuq, En matière d'usucapion : Douai, 9 fév. 1909, S. 1910. 2. 44. En matière d'acquisition des fruits; Cass. Civ. 11 janv. 1887, S. 1887. 1. 225; comp. Civ. 22 oct. 1894, D. 1896. 1. 585, note de Loynes.

elle est imposée par la probité consciencieuse, afin de ne pas s'exposer à acquérir *de improbitate sua*, comme disaient les Romains (*Dig.*, L. 12, § 1, *De furtis*). Il ne doit pas se faire que, selon leur forte expression, « *melioris conditionis sint stulti quam periti* » (*Dig.*, L. 4, *Quod vi aut clam*). Celui qui faute de demander conseil, s'est mépris témérairement, est fautif et ne peut s'en prendre qu'à lui-même de son erreur. « *Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur sentire* », disait la loi romaine (*Dig.*, L. 203, *De reg. jur.*). Par contre, celui qui n'a commis aucune faute, mais a fait tout ce qu'il fallait pour s'enquérir de son droit, mérite protection contre les conséquences préjudiciables de son erreur excusable.

Ce n'est pas à dire que les conseils erronés des hommes de loi puissent par eux-mêmes conférer une excuse. Wächter (128, p. 118 et s.) a bien essayé de le soutenir, en prétendant que, si l'on n'attachait aucune valeur aux consultations, on en écarterait les profanes, au mépris de la loi. Mais il se garde lui-même d'étendre son opinion aux cas qui, comme celui de l'usucapion, touchent l'intérêt général. Cette opinion dangereuse, réfutée par Bruns (23, p. 124 et s.), est restée isolée. Lorsqu'un droit est contredit et douteux, on ne peut loyalement pas, en dépit d'une consultation approbative, se reposer sur lui : c'est au juge seul qu'il appartient de décider. — Notre jurisprudence est très rigoureuse à cet égard. Elle va jusqu'à admettre, en matière de tarifs et horaires des chemins de fer, que les renseignements donnés par les employés ne suffisent pas à couvrir les erreurs des voyageurs (Dereux, 45).

La bonne foi n'est admise que si l'erreur n'a pas été commise en violation d'une disposition de loi claire et formelle. La jurisprudence en a, avec raison, refusé le bénéfice à un

maire qui s'était rendu acquéreur de biens de sa commune dans l'ignorance de la prohibition de l'art. 1596 du C. civ. (Cass. civ. 11 janv. 1843, S. 1843. 1. 149), ou à un tiers qui avait traité avec deux associés ayant contracté mariage, dans l'ignorance qu'une société ne peut exister entre époux et que le mariage entre deux associés opère de plein droit la dissolution de la société, en vertu des art. 213, 1394 et 1840 du C. civ. (Dijon 27 juill. 1870, S. 1871. 2. 268, P. 1871. 850), ou encore à une congrégation qui avait accepté une donation sans l'autorisation exigée par la loi (Cass. civ. 19 déc. 1864, S. 1865. 1. 18). D'une façon générale, la jurisprudence considère comme possesseur de mauvaise foi, parce que possédant en vertu d'un titre dont nul ne peut ignorer les vices, la congrégation religieuse dont le titre est annulé, soit qu'elle n'ait pas d'existence légale, soit qu'elle n'ait pas l'autorisation administrative nécessaire pour chaque acquisition particulière (Rouen, 24 mai 1865, S. 1865. 2. 268; Lyon, 12 juill. 1878, sous Cass. Req. 5 mai 1879, S. 1879. 1. 313).

Il en est autrement lorsqu'on est en présence d'une loi douteuse et controversée, ou d'une disposition non explicite (*D. Jur. gen.*, v^o *Propriété*, n^o 331). insi a pu être admis au bénéfice de la bonne foi un légataire particulier ayant obtenu la délivrance, non de l'héritier légitime, mais du donataire de l'usufruit (Paris 29 août 1834, *D. Jur. gén.*, v^o *Dispositions entre vifs*, n^o 2400), ou un enfant adultérin ayant recueilli la succession de son père dans la croyance qu'il était légitime (Cass. 18 août 1830, S. 1830. 1. 312), ou encore un légataire universel ayant possédé les biens de la succession en vertu d'une disposition entachée de substitution annulée (Cass. 10 nov. 1853, S. 1854. 1. 29).

La sévérité d'admission de l'erreur de droit a fait parler d'un renversement de la présomption de l'art. 2268 du C.

civ. : le possesseur devrait justifier de sa bonne foi basée sur une erreur de droit, puisque nul n'est censé ignorer la loi (P. Binet, note sous Cass. civ. 5 nov. 1913, D. 1914. 1. 281; etc.). Mais la jurisprudence (Cass. civ. 11 janv. 1887, S. 1887. 1. 225), avec raison, ne paraît guère disposée à suivre une telle distinction : celle-ci n'est nullement dans la loi, et elle n'a d'autre fondement qu'une ancienne maxime dont la portée, nous l'avons vu, a été bien exagérée. C'est particulièrement vrai en matière de possession : le possesseur ne cherche pas à se soustraire à la loi, il se prévaut seulement de sa bonne foi (Planiol et Ripert, 97, t. III, p. 677; comp. Req. 19 fév. 1873, D. 1873. 1. 200). Pratiquement, d'ailleurs, la dispense de preuve de la bonne foi perd, en notre matière, beaucoup de son intérêt, parce que celui qui invoque une croyance erronée est presque toujours amené à établir que son erreur a été réelle et excusable, même si c'est une erreur de fait.

Tout cela se rattache au caractère essentiel de l'erreur de bonne foi : l'excusabilité. D'autres caractères sont secondaires et ne font que découler de la notion générale de la bonne foi : celle-ci doit, en principe, être *personnelle* à celui qui l'invoque et avoir existé au *moment* de l'acte pour lequel elle est invoquée.

C'est une règle de sens commun et d'équité, que chacun ne peut, en général, bénéficier que de sa propre bonne foi. La règle était nettement formulée en droit romain (Terentius Clemens, *Dig. L. 5, De juris et facti ignorantia*, liv. 22, tit. 6), et elle est toujours admise (Planiol et Ripert, 97, t. III, p. 182; etc.) et appliquée (Cass. civ. 24 mai 1848, D. 1848. 1. 200, S. 1849. 1. 125; etc.). Il n'y est fait exception qu'en matière de succession ou de représentation conventionnelle ou légale :

1° L'héritier, le successeur universel ou à titre univer-

sel, *continuant* la personne et la possession de son auteur, bénéficie de la bonne foi de ce dernier, lorsqu'il s'agit d'une situation prolongée comme celle aboutissant à l'usucapion. Il n'est même pas nécessaire qu'il soit lui-même de bonne foi : la condition est appréciée en la personne de son auteur (Cass. Req. 27 août 1835, S. 1835. 1. 797.),

2^o Le mandataire *représentant* le mandant et engageant la responsabilité de celui-ci, c'est en la personne de ce mandataire lui-même que doit être considérée la bonne ou la mauvaise foi, lorsque le mandant a connu l'acte accompli en son nom. Mais, tant qu'il a ignoré cet acte, la bonne foi de son mandataire n'a pas d'effets propres en sa personne, car on ne saurait être de bonne foi par procuration (Arthaud, 6, p. 190). — Une pareille distinction n'est pas à faire en matière de représentation légale des incapables, puisque le représentant tient ici son pouvoir de la loi, non de la volonté du représenté. La bonne ou la mauvaise foi du tuteur profite ou nuit au pupille, sans préjudice des effets personnels de la responsabilité délictuelle. (Arthaud, 6, p. 194).

Pour que la bonne foi puisse être utilement invoquée, il faut et il suffit, en principe, d'établir qu'elle a existé au *moment* même où s'est accompli l'acte irrégulier qu'elle vient excuser. Les caractères d'un acte juridique s'impriment et se qualifient au moment où il naît (Ruta, 105, p. 60). Cette règle, faite pour les actes juridiques est généralement, mais non sans abus, étendue même aux situations juridiques plus ou moins prolongées qui en découlent, mais ont leurs caractères propres. C'est ainsi que, pour bénéficier de l'usucapion abrégée, il suffit d'avoir été de bonne foi au moment de l'acte d'acquisition *a non domino* (C. civ., art. 2269), sans que la mauvaise foi ultérieure du possesseur puisse entraver le cours de sa prescription. C'était la règle en droit

romain : « Mala fides superveniens non nocet », « non impedit usucapionem » (Paul, *Dig.*, L. 4, § 18, et L. 48, § 1; Papinien, L. 44, § 2, liv. 41, tit. 3). On considère qu'il est beaucoup moins grave de conserver que de s'emparer de mauvaise foi.

Il faut reconnaître que cette « bonne foi légale » ressemble bien, comme on l'a dit, à une « bonne foi de pharisien » (Rossel et Mentha, **101**, t. II, p. 356). On oublie trop que la *mala fides superveniens* fait perdre à la possession sa qualité première et la fait dégénérer en une malhonnête détention. Aussi les nouveaux Codes allemand (art. 937 et 990) et suisse (art. 941), moins attachés que le nôtre à la tradition romaine, exigent-ils très équitablement, comme le faisait le droit canonique et généralement notre ancien droit¹, la persistance de la bonne foi pendant tout le temps de la possession, depuis sa naissance jusqu'à l'acquisition des droits qui en découlent. Mais de simples doutes conçus par le possesseur sur la légitimité de son droit ne doivent pas suffire à détruire la bonne foi initiale; il faut, pour renverser ainsi sa situation, qu'il en apprenne effectivement l'illégitimité et qu'il sache détenir la chose indûment, au détriment du véritable propriétaire. C'est ce que décident expressément le C. civil fédéral suisse (art. 937 précité) et le C. civil du Canton de Zurich (art. 75).

Lorsque l'acte contraire au droit se rattache à une situation irrégulière précédemment établie, la bonne foi est exigée, non seulement au moment de l'acte pour l'excusabilité du-

1. La règle canonique avait été établie par le Consile de Latran de 1215 et le décret Grégorien, liv. II, tit. 26, ch. 20. Elle fut suivie par la plupart de nos anciennes coutumes (Pothier, *De la prescription*, n° 34). — L'art. 941 du Z. G. B. est relatif à la prescription ordinaire de 10 ans (Rossel et Mentha, 101, t. II, p. 38; Hegetschweiler, 56, p. 76). L'art. 990 du B. G. D. est relatif à l'acquisition des fruits, et l'art. 937 à l'usucapion mobilière de 5 ans, qui fait le pendant à l'usucapion immobilière de 10 ans. — On trouve la même règle dans les Codes des cantons suisses, comme celui du Canton des Grisons (art. 202-2° pour l'usucapion de la propriété; art. 255b pour celles des servitudes).

quel elle est invoquée, mais encore à l'origine de la situation dont il est la suite. Ainsi, pour que le possesseur de la chose d'autrui n'ait pas à rendre compte au propriétaire des fruits qu'il a perçus, ni des détériorations qu'il a pu commettre de bonne foi, il faut qu'il ait été de bonne foi dès l'origine de sa possession et que depuis il n'ait pas cessé de l'être (art. 550 C. civ.). La *mala fides superveniens* l'oblige à rendre la chose à son véritable propriétaire, et à l'indemniser de tout le dommage causé par une possession indûment conservée (art. 1147 et 1245 C. civ.; Arthaud, 6, p. 210).

Il y a un cas où la bonne foi n'est pas requise au moment de l'acte, mais seulement à l'origine de la situation : c'est celui du mariage putatif. Elle n'est alors requise qu'au moment de la célébration du mariage. C'est là une grande faveur accordée, en considération de la famille, aux époux qui, ayant contracté une union qu'ils croyaient légitime, n'ont pas eu le courage de se séparer et, lorsque c'est possible, de refaire régulièrement leur union, aussitôt qu'ils ont découvert leur erreur.

Quant aux règles de la *preuve*, elles sont les mêmes pour toutes les formes de bonne foi; mais on conçoit que leur application présente des particularités. Lorsque la bonne foi est fondée sur une erreur, l'erreur est un fait qui demande à être établi. C'est un principe que celui qui invoque une situation particulière ayant existé à son profit, a la charge d'en faire la preuve. C'est donc à celui qui prétend être victime d'une erreur à en prouver la réalité. Cette preuve étant admise, d'ailleurs, par tous moyens, peut résulter suffisamment de simples présomptions puisées dans les circonstances de la cause.

Le principe de la bonne foi fondé sur l'erreur étant ainsi analysé et déterminé en général, il reste à en examiner successivement les diverses applications.

CHAPITRE II

La facilité d'acquérir par possession de bonne foi

Beati possidentes !

C'est dans la possession que la bonne foi présente la plus nette efficacité. Cette efficacité est la contre-partie de l'obligation de se comporter loyalement, avec bonne foi. Une telle obligation ne s'applique pas seulement aux contrats et autres actes juridiques, elle est générale. La bonne foi que nous allons trouver dans la possession (*bona fide possidere*) ne diffère guère, au fond, de celle que nous avons rencontrée dans les actes juridiques, spécialement dans les contrats (*bona fide præstare*), qui d'ailleurs sont les sources de la possession (*bona fide emere*). Le possesseur de bonne foi, il est vrai, n'a pas de rapports d'obligations avec le tiers, inconnu de lui, qui est le véritable propriétaire, il en a seulement avec son auteur, — vendeur ou autre. — La loyauté n'exige pas moins, non seulement de ne pas léser cet auteur, mais aussi, ici comme partout, de ne pas porter atteinte aux droits des tiers. La loi n'a pas à protéger, au détriment du véritable propriétaire, celui qui achète ou se procure inconsidérément et à la légère la chose d'autrui. Bruns (23, p. 88 et s.) le premier a nettement montré que c'est toujours le même principe de loyauté qui doit être à la base de la bonne foi, et que seul il peut en justifier l'efficacité juridique.

La bonne foi ainsi comprise donne une valeur particulière au fait de la possession. On peut dire, avec ROTA (105, p. 40), qu'elle en est l'élément vivificateur qui le transforme en source de droits particuliers; elle va jusqu'à permettre, chose grave, de faire passer la cause du possesseur illégitime avant celle du véritable propriétaire. On ne saurait donc être trop exigeant sur ses conditions d'admission. C'est moins le fait de l'erreur ou de l'ignorance des vices de l'acquisition qui est à prendre en indulgente considération, que la loyauté positive du possesseur qui a cru, en toute conscience, acquérir légitimement, sans léser personne. Pour bénéficier de la situation d'un possesseur loyal, il faut s'être comporté, dans l'acquisition, avec prudence, prévoyance et diligence (Dernburg, *Bürgerlichen Recht*, III, § 98; Wendt, 131, p. 5); c'est cela qui équivaut à tenir d'une façon excusable son acquisition pour régulière (Dernburg, *Sachenrecht*, IV, 1908, p. 336).

§ I. L'usucapion abrégée des immeubles.

Fugit hora, manent opera .

Le Temps ressemble à un hôte de bon ton qui salue négligemment les convives qui partent et reçoit à bras ouverts les nouveaux arrivants. L'Accueil a le sourire sur les lèvres. L'Adieu s'éloigne en soupirant... Tout est la proie du temps...

SHAKESPEARE.

Parmi les effets de la bonne foi dans la possession, le plus nettement établi et incontesté est celui qui se produit dans l'usucapion des immeubles, en réduisant sensiblement le temps de possession nécessaire pour prescrire : 10 ou 20 ans, au lieu de 30 ans, dans notre droit. (C. civ., art. 2265), qui

a été à peu près suivi en Pologne, au Danemarck, en Belgique (15 ans : art. 2395 C. civ.), en Espagne (art. 1957 C. civ.), en Suisse (10 ans : art. 661 C. civ. fédéral; art. 121 et 122 C. civ. du canton de Zürich; etc.), en Italie (10 ans : art. 2137 C. civ.), au Chili (10 ans : art. 2508 C. civ.), etc.

Beaucoup de législations¹, — les Codes belge (art. 2393), espagnol (art. 1940), portugais (art. 517 et 520)², néerlandais (art. 604), monténégrin (art. 845), même chilien (art. 702) et suisse (art. 661)³, — font de la bonne foi, jointe au juste titre, une condition normale de la prescription, si bien que c'est sous cette condition que la possession est appelée *régulière* et que la prescription est appelée *ordinaire*, par opposition à la possession *irrégulière* et à la prescription *extraordinaire*, sans bonne foi ni juste titre. « Je demande, disait M. Laurent à ce sujet (cité par Jaubert, 50) si le bien public ne consiste pas avant tout dans l'ordre moral; or l'ordre moral n'est-il pas profondément troublé quand le possesseur de mauvaise foi l'emporte sur le propriétaire? »

La bonne foi de l'usucapant consiste à ignorer les vices du titre de son auteur et croire avoir acquis légitimement du véritable propriétaire⁴ : « *justa opinia quæsiti dominii* »,

1. Il semble aussi que, en droit romain, l'usucapion de l'époque classique supposait la bonne foi (Emm. Lévy, 70. p. 156).

2. La condition de la bonne foi est particulièrement en relief dans le Code portugais. Elle est même érigée pour la prescription extinctive (art. 535) et pour les courtes prescriptions.

3. Sans parler des Codes des cantons suisses (C. civ. du canton des Grisons, art. 202-2°; etc.), il en est différemment en droit allemand, où, par suite du système de la publicité foncière, la prescription immobilière possède un caractère spécial. En principe, la bonne foi n'y joue aucun rôle. (C. civ., art. 900).

4. La connaissance par le possesseur des vices du titre de son auteur est exclusive de la bonne foi, puisqu'elle infirme cette croyance. Peu importe la nature du vice qui atteint le titre : soit nullité absolue ou relative, soit cause de rescision ou de résolution. Mais il ne s'agit pas des vices de son propre titre, autres que le défaut de propriété en la personne de l'aliénateur ou des causes de nullité absolue : un vice pour incapacité de l'aliénateur, ou pour dol, violence ou lésion, ou pour condition résolutoire, n'ouvre qu'une action en nullité, en rescision ou en résolution au profit de l'aliénateur, non une action en revendication au profit du propriétaire; or l'usucapion n'a pour but de faire disparaître que ce dernier vice (Planiol et Ripert, 97, t. III, p. 676).

disait la définition romaine, reprise par Pothier (*Pandectes*, V, 3, n. 77, p. 149). La définition que donne, en ce sens, mais en termes trop négatifs¹, à propos de l'acquisition des fruits, l'art. 550 de notre C. civ., reproduit par d'autres codes étrangers (C. civ. italien, art. 701, etc.), vaut également ici. Dans l'un et l'autre cas, la bonne foi doit reposer sur un *juste titre*, c'est-à-dire un titre qui aurait conféré le droit de propriété s'il était émané du véritable propriétaire; et ici le juste titre doit être réel, non simplement putatif (art. 2267) : exigence spéciale à la prescription, en considération du droit de propriété auquel il est fait échec. C'est du moins ce qui est admis dans notre droit.

Le rapport étroit entre le titre de la bonne foi a fait l'objet de discussions subtiles. Ne peut-on pas dire, avec Savigny (*System*, III, p. 371; de même Windscheid, *Pandekten*, § 178), que l'exigence du titre sert à justifier la bonne foi? On a fait valoir que l'usucapion n'est pas seulement une faveur accordée à la bonne foi, mais constitue une institution d'utilité publique (Stintzing, 121). Cependant, dans l'usucapion abrégée, c'est bien la bonne foi qui est au premier plan; il est même permis de considérer, avec le droit romain de l'époque classique et un certain nombre de législations (*supra*), qu'il n'y ait d'institution d'usucapion d'utilité publique que celle qui profite à la bonne foi. — On a surtout objecté à Savigny qu'il est illogique de dire que le titre doive justi-

1. L'expression de la loi « ignorance des vices » est trop négative. On peut dire, cependant, que, ces vices consistant principalement en le défaut de droit de l'auteur, leur ignorance implique, chez le possesseur, la croyance en le droit de son auteur et par conséquent en son propre droit. (Tartufari, *Effetti del possesso*, cité par Ruta, 105, p. 47).

fier l'erreur sur le vice du titre (Bruns, 23, p. 99). Le titre, en effet, ne saurait suffire à une telle justification; il n'en apporté, à vrai dire, qu'un des éléments, lequel doit être complété par les circonstances de l'acquisition. Aussi a-t-on parlé de deux sortes de titres, celui de la possession et celui de la croyance (Stintzing, 121, p. 71).

L'on voit, par là, la fragilité de la distinction entre les diverses sortes de titres apparents, le titre putatif et le titre simplement vicié, le titre attributif et le titre simplement déclaratif de propriété. Les uns et les autres ne constituent, au fond, que des motifs d'excusabilité d'erreur appréciée plus ou moins rigoureusement. La véritable utilité du titre est de servir à établir la bonne foi reposant sur lui, de la façon dont un fait peut servir de preuve à la croyance qu'il a motivée. M. Emmanuel Lévy (70, p. 156) dit avec sagacité : « Ce qui est au premier plan pour la loi, c'est la bonne foi. Mais il en est autrement pour les tribunaux : ce qui les intéresse avant tout, c'est le juste titre. La loi exige le titre pour justifier la bonne foi; le juge exige la bonne foi sans laquelle il n'y a pas de titre. » (C'est que, comme le fait remarquer le savant auteur (p. 155), l'idée même de juste titre implique l'existence de la bonne foi : ce n'est véritablement pas acquérir la propriété que de passer contrat avec une personne qu'on sait n'être pas propriétaire. « Si l'on a eu une intention honnête, on n'a pu vouloir obtenir que la possession : sinon on a désiré appréhender le bien d'autrui. » Il semble même que cette idée très juste ait été admise en droit romain¹.

1. On la tire des textes qui expriment la bonne foi comme condition négative (*Dig.*, L. 12. § 13, *Pro emptore*, 41, 4; L., 15. § 2, *De usurp. et usuc.*, 41, 3; L. 7, 34, *Communia. de usuc.*, 7, 30) (Karlowa, *Röm. Rechtsgesch.*, t. II, *Usucapio*).

Ainsi, juste titre et bonne foi sont deux notions si liées qu'on peut les dire concentriques. Pour s'en être tenue, au contraire, à une interprétation littérale et superficielle des textes (art. 2265 et art. 2267, C. civ.)¹, notre jurisprudence, suivie par celle des autres pays latins (Ruta, 105, p. 58), sinon consacrée par les nouveaux Codes (C. chilien, art. 704, etc.), a abouti à des solutions aussi arbitraires que complexes (Colin et Capitant, 21, t. II, p. 904).

La tradition romaine, qu'elle a cru suivre, n'était pourtant pas bien fixée dans le sens de la règle « Error falsæ causæ usucapionem non parit. » (*Inst. Just.*, 11, *De usuc.*, II, 6). Des romanistes aussi considérables que M. Girard (*Manuel de droit romain*, Paris, Rousseau, 6. éd., 1918, p. 313, note 1) admettent qu'une autre doctrine paraît avoir prévalu, selon laquelle la simple croyance au juste titre était suffisante pour usucaper, lorsqu'elle était rendue excusable par un fait justificatif, spécialement le fait d'un tiers, tel que l'allégation d'un esclave ou d'un mandataire faisant croire à un achat fictif (Julien, *Dig.*, 41, 4, *Pro emptore*, 11) : fait qui, d'ailleurs, ne bénéficiait pas de la présomption attachée à la bonne foi elle-même, mais devait être prouvé par le possesseur. — C'est à peu près la solution qui a été admise par le droit suisse et par le droit allemand : le titre putatif, avec la bonne foi, est suffisant pour usucaper, et, quel que soit le titre, la bonne foi du possesseur est capable de suppléer tout défaut de droit qui empêcherait l'acquisition de la propriété ou du droit réel (Wieland, *Das Sachenrech des schweizerischen Z. G. B.*, Zurich, 1903, sous l'art. 728; Hegetschweiler, 56, p. 77).

1. L'art. 114 de la Coutume de Paris s'exprimait exactement de la même manière que l'art. 2265 du C. civ., bien que le titre ne fût exigé que comme justification de la bonne foi. Le texte nouveau n'est donc pas l'indice d'un changement (Planiol et Ripert, 97, t. III, n° 706).

Quoi qu'il en soit de la condition du juste titre, l'effet acquisitif de la possession de bonne foi ne se produit jamais, en matière immobilière, qu'au bout d'un temps assez long. celui du délai de prescription, qui est de 10 ans au minimum. Le propriétaire ne saurait être tenu à une garde vigilante et constante sur ses immeubles : il faut lui laisser le temps de faire valoir ses droits contre les usurpations. Mais, lorsqu'il a laissé écouler un assez long temps sans inquiéter le possesseur illégitime, son inaction prolongée, qui peut être présumée un effet de négligence et ne fait que confirmer la croyance de ce possesseur en son propre droit, ne mérite plus d'être protégée au détriment de celui qui exploite et tire parti de l'immeuble. « La honte, c'est l'inaction » disait Hésiode. Aujourd'hui plus que jamais, l'inactif est un inutile; il ne faut pas le laisser devenir nuisible au détriment des bonnes volontés. Dans l'inaction prolongée, le droit du propriétaire perd le meilleur de sa raison d'être; il s'évanouit véritablement de lui-même, au profit du possesseur de bonne foi qui, par son travail d'exploitation, mérite progressivement de l'acquérir. Il faut croire qu'il n'y a pas loin de la possession de bonne foi au droit de propriété, pour qu'ils arrivent si aisément à se rejoindre¹. La possession est apparemment l'exercice du droit de propriété, avant de pouvoir véritablement devenir ce droit lui-même résultant de son exercice. C'est alors le fait, apparence du droit, se transformant en droit véritable. Cette métamorphose ne peut se produire par le seul effet du temps, qui n'est qu'une abstraction; il faut que ce soit par la vertu propre du fait, que le loi ne fait que consacrer, et cette vertu ne se tire-t-elle pas des qualités de la possession, dont la bonne foi n'est pas la moindre?

1. M. Emm. Lévy (74, p. 59) va jusqu'à dire : « La possession est le droit ou l'état en tant que leur preuve s'élabore par une situation de fait ».

L'usucapion abrégée des servitudes — des servitudes continues et apparentes, les seules qui puissent se prescrire. — ne se justifierait pas si bien que celle de la propriété. Aussi ne l'admet-on pas (arg. art. 690 C. civ.; Colin et Capitant, **31**, t. 1, p. 909; Arthaud, **6**, p. 325). Il semblerait logique que ce qui peut se faire pour la propriété, le puisse à plus forte raison pour un simple démembrement de la propriété, et il y a, dans les deux cas, les mêmes raisons d'équité pour venir au secours de l'acquéreur. Mais il n'y a pas les mêmes raisons de déposséder le propriétaire : la possession d'une servitude, même continue et apparente, n'a généralement pas la publicité et l'absence d'équivoque qui signale au propriétaire la possession d'un droit de propriété ou d'usufruit.

§ II. - L'acquisition immédiate des meubles.

Jura vigilantibus prosunt.
Maxime romaine.

En matière mobilière, il n'est même pas besoin de délai pour que la possession de bonne foi produise un effet acquisitif. La rapidité est de l'essence des transactions mobilières, et la conservation des objets mobiliers demande une vigilance constante. Le mot de l'Evangile s'y trouve particulièrement vrai : « Il faut veiller au commencement : Circa initium vigilandum est ». C'est au propriétaire à ne pas placer sa confiance à la légère, s'il ne veut s'exposer à être dépouillé. Les nécessités économiques, qui ne font qu'augmenter avec le développement des affaires, exigent que l'acquéreur puisse se fier à la possession de celui avec qui il traite. La possession est ici le seul signe visible du droit, son « vêtement »,

a-t-on dit (Rossel et Mentha. **101**, t. II, p. 357); elle est le mode naturel de publicité des transmissions mobilières et le seul possible: en cela même, elle fait fonction de transcription, ou, dans les législations ayant institué le livre foncier, d'inscription à ce registre. Elle fait office de titre: « En fait de meubles, possession vaut titre », dit le vieil adage et répète le Code civil (art. 2279).

Il ne peut s'agir que de la possession de bonne foi: c'est sous-entendu. On le reconnaît aujourd'hui, en argumentant, si besoin est, de l'art. 1141 du C. civ. (Cass. Req., 1 fév. 1893, D. 1894. 1. 278; Civ., 12 déc. 1921, D. 1922. 1. 28; Planiol, **95**, t. I, p. 763; Colin et Capitant, t. I, p. 912; etc.). A l'étranger, des Codes récents le disent expressément. Ainsi le Code espagnol (art. 464): « La possession des biens meubles, acquise de bonne foi, équivaut à un titre ». De même le Code suisse (art. 936): « Celui qui n'a pas acquis de bonne foi la possession d'une chose mobilière peut être contraint en tout temps de la restituer au possesseur antérieur¹. »

La possession n'est légitime et à l'abri de toute revendication, que lorsque le possesseur a cru que celui qui lui a remis la chose en était bien le seul et véritable propriétaire (Cass. 6 juill. 1886, D. 1887. S. 1887. 1. 453; Trib. civ. Seine, 12 déc. 1923, D. H. 1924, p. 155), et qu'il s'en est assuré en prenant les précautions élémentaires imposées par les conditions dans lesquelles il a traité (Cass. Req., 3 mars 1886, D. 1897. 1. 495; Req., 16 mai 1899, S. 1900. 1. 86; Trib. civ. Seine, 6 juill. 1910. *Gaz. Trib.* 1910. 2. 421). A cette condition, la bonne foi est admise par la jurisprudence, même lorsque le

1. Tous les Codes européens protègent, explicitement ou non, le possesseur de bonne foi de choses mobilières. De telles dispositions générales ne font défaut que dans les législations non encore codifiées, telles que la législation danoise. Celle-ci, notamment, ne contient que des dispositions particulières, en matière de titres ou d'effets négociables, de choses confiées à un commissionnaire, etc.

possesseur a pu connaître les vices du titre sur lequel est fondée sa possession (Cass. civ. 6 juill. 1886 et 11 juill. 1887 préc.) : ce qui est excessif et découle d'une conception trop étroite de la bonne foi (Planiol et Ripert, **97**, t. III, p. 365).

C'est la bonne foi qui, jointe à l'*animus domini*, fait la légitimité et l'efficacité juridique de la possession des meubles. Comme la jurisprudence l'a fait observer à propos des dons manuels, la tradition d'un objet mobilier peut être déterminée par des causes diverses et n'est en soi, qu'un fait équivoque, ayant besoin d'être caractérisé par l'intention des parties (Nancy, 30 déc. 1891, D. 1892. 2. 441, et note Planiol). La possession ainsi caractérisée donne au tiers acquéreur qui a traité avec un non-propriétaire, même en l'absence de tout titre radicalement vicié (sauf pour le créancier gagiste, auquel il faut un titre régulier; Cass. civ. 28 mars 1888 D. 1888. 1. 253; Req. 5 déc. 1893, S. 1896. 1. 79), une situation aussi inébranlable que s'il avait acquis la propriété en vertu d'un titre régulier et efficace : le véritable propriétaire ne peut agir en revendication contre lui. On peut même dire plus, avec M. Saleilles (*La possession des meubles en droit allemand et en droit français*, p. 265) : cette possession « est non seulement un procédé de légitimation relativement à la réalité du droit transmis, mais encore une cause de consolidation relativement au procédé de transmission ». A elle seule, elle fonde le droit (Planiol et Ripert, **97**, t. III, p. 369).

Le Code allemand ne va pas tout à fait aussi loin. La possession de bonne foi doit, en principe, être appuyée sur un *juste titre* pour faire acquérir la propriété (art. 932). Cependant, la différence avec notre droit est moins marquée qu'elle ne le paraît au premier abord, parce que : 1° Le juste titre s'entend différemment : il ne réside pas dans l'acte envisagé dans son ensemble, mais dans le contrat abstrait

d'aliénation portant uniquement sur le fait du transfert. Il n'est donc pas incompatible avec la nullité de l'acte qui précède et explique la transaction. — 2^o Surtout, il se présume : c'est au demandeur en revendication à établir qu'il n'y a pas eu de juste titre ou qu'il est nul¹. De même, les auteurs français qui, se basant sur le *de eo quod plerumque fit*, exigent un juste titre comme élément constitutif de la bonne foi, admettent nécessairement qu'il se présume comme la bonne foi elle-même (Colin et Capitant, 3. t. I, p. 921). C'est toujours au revendiquant à démontrer qu'il y a eu équivoque sur les caractères de la prise de possession (Cass. Req. 20 juin 1881, D. 1882. 1. 111, S. 1883. 1. 447; 30 juin 1908, D. 1908. 1. 440, S. 1908. 1. 444).

Il est vrai que, même en matière mobilière, la bonne foi excusable ne se rencontre que difficilement sans juste titre *lato sensu*. Mais cela n'est pas toujours vrai. Le titre ne doit constituer, ici plus que partout ailleurs, qu'un élément de fait, non une exigence juridique absolue. « Puisque, dit très bien M. Saleilles (*op. cit.*, 2^e étude, § 24, p. 109), il est impossible de vérifier l'origine de propriété des objets mobiliers, qu'un régime de contrôle des transmissions est incompatible avec les habitudes et les exigences du commerce, il faut que celui qui acquiert un meuble normalement, loyalement, soit assuré de le conserver. Ainsi la bonne foi doit suffire, sans autre condition ».

La seule condition doit être d'admettre une notion de la bonne foi suffisamment compréhensive, qui oblige l'acquéreur à prendre des renseignements et des précautions suffisantes avant de faire confiance à un détenteur quelconque. Notre Code admet bien que celui qui achète en dehors d'un

1. C'est ce qu'a montré M. J. Charmont (*De la possession des meubles d'après le livre de M. Saleilles « De la possession des meubles en droit allemand et en droit français », R. trim. VI, 1907, p. 48*).

marché ou à un autre qu'à un marchand, le fait à ses risques et périls (art. 2280, al. 1) : les conditions de l'acquisition sont alors douteuses. Mais cette conception reste étroite, et, sous certains rapports, elle gagnerait à s'inspirer des solutions allemandes (Saleilles, *op. cit.*, 2^e et., § 126, p. 270). Ainsi, dans notre droit, le domestique est un détenteur assimilé à un dépositaire ; au contraire, le droit allemand le considère dans la plupart des cas comme un détenteur dépendant (J. Charmont, *op. cit.*, p. 50). Dans notre droit, l'abus de confiance, même qualifié, n'est pas assimilé au vol et ne permet pas la revendication, ouverte cependant au propriétaire dépossédé en cas de perte ou de vol (C. civ., art. 2279, al. 2 ; Cass. 28 mars 1881, S. 1888. 1. 265) ; au contraire, le droit allemand admet que toute disparition involontaire laisse subsister le droit du propriétaire dépossédé contre le tiers acquéreur même de bonne foi (B. G. B., art. 935 ; J. Charmont, *loc. cit.*). Cela est intéressant dans le cas assez fréquent d'objets ou de valeurs mobilières détournées par un domestique ou un employé : la bonne foi invoquée par le tiers acquéreur est généralement suspecte au moins d'imprudence ou de légèreté.

Mais, à vrai dire, aucune règle fixe de ce genre ne reste sans lacunes, au regard d'une théorie générale de la bonne foi. Un tiers acquéreur peut être, dans certain cas, aussi bien de bonne foi et digne de protection pour une chose provenant originairement d'un vol ou d'une perte, que pour celle provenant d'un détournement ou même d'un acte non délictueux ; tandis que, de son côté, l'ancien propriétaire peut être aussi bien fautif et indigne de protection en s'exposant à un vol ou à une perte qu'en laissant capter sa confiance. Aussi a-t-on pu considérer les dispositions spéciales qui admettent contre l'acquéreur de bonne foi la revendication des choses

perdues ou volées¹, comme ne s'expliquant que par l'histoire (elles remontent au droit hindou²), et comme destinées à disparaître avec le temps pour faire place à cette simple règle sans exception, que celui qui acquiert un meuble *a non domino* ne doit subir la revendication du propriétaire que s'il est de mauvaise foi (Rossel et Mentha, 101, t. II, p. 350). « C'est là, disent ces auteurs, l'unique point décisif, dès qu'on fait de la possession le signe de la propriété : quiconque s'y fie de bonne foi devrait être protégé de la même manière que celui qui se fie aux inscriptions du registre foncier ».

Le droit allemand (B. G. B., art. 932 à 935) spécifie très bien que la bonne foi caractérisée, c'est-à-dire exempte de grosse négligence, du tiers acquéreur a cet effet particulièrement important de suppléer à la qualité de propriétaire en la personne de l'aliénateur, condition pourtant posée par le droit commun comme essentielle pour les transmissions de propriété. Le droit du propriétaire est véritablement sacrifié à celui du tiers acquéreur de bonne foi : dépouillé de son action en revendication, attribut essentiel du droit de propriété, il ne lui reste que la possibilité éventuelle et souvent illusoire d'une action personnelle en dommages-intérêts contre l'auteur responsable du dommage.

C'est, explique-t-on, l'intérêt du crédit qui prévaut sur celui de la propriété, dans le droit moderne. Tandis que le droit romain respectait avant tout l'inviolabilité du droit acquis, spécialement pour le droit de propriété, les législations modernes ont pris en plus grande considération

1. C. cv., art. 2279, al. 2; C. civ. espagnol, art. 464; C. civ. italien, art. 707; C. civ. allemand, art. 935; C. civ. fédéral suisse, art. 933, al. 2; C. civ. de Québec, art. 1484, etc.

2. E. Gibelin, *Etude sur le droit civil des Hindous*, Pondichéry, 1846.

les exigences croissantes des rapports d'affaires, et de larges concessions en faveur de la sécurité des transactions ont été admises pour la protection du tiers de bonne foi, acquéreur du droit de propriété ou d'autres droits réels (Hegetsschweiler, 56, p. 8, etc.). M. Sohm, qui a si bien rapproché le Code civil allemand du nôtre, insiste sur ce trait commun : « Le tiers acquéreur de bonne foi apparaît comme un personnage principal. Son intérêt est toujours considéré comme déterminant ». (Rudolph Sohm, *Le Code civil français et le Code civil allemand. Mémoire présenté au Congrès international de droit comparé de 1900*, p. 8).

Il y a là, cependant, une tendance qui se manifeste plus nettement dans les récentes législations germaniques que dans les anciennes législations latines. Elle se rattache à la protection de l'apparence et à l'exigence de la publicité, ou tout au moins de ce que, avec les auteurs allemands, (Wickmann, 134, p. 12), on peut appeler la notoriété (*Kundbarkeit*) du droit. « Aujourd'hui, remarque Wickmann (*loc. cit.*), partout dans les rapports d'affaires des hommes les uns avec les autres, le droit protège la forme typique (*die typische Form*) comme l'apparition régulière, reconnaissable, notoire et externe du droit », et cette forme d'apparition (*Erscheinungsform*) reconnaissable à tous, base une présomption de droit, en créant une apparence de droit. La sécurité des rapports d'affaires exige de protéger immédiatement celui qui s'y fie. C'est l'élément social du droit privé, ce que Sohm appelait la « goutte d'huile sociale » qui doit pénétrer le droit individuel. Le Code allemand, affirme Wickmann (*loc. cit.*), est dominé par le principe de la notoriété. (*Prinzip der Kundbarkeit*), dont une des plus importantes applications est celle faite à l'acquéreur de bonne foi d'objets mobiliers *a non domino*.

La protection de cet acquéreur trouve ainsi son fondement dans la sécurité des affaires, dans ce que M. Demogue appelle la « sécurité dynamique ». Les affaires seraient gravement entravées, si l'épée de Damoclès de la revendication, selon l'expression imagée de Reichel (99, p. 3), restait suspendue sur chaque acquisition. Mais nous croyons, avec cet auteur, qu'on a exagéré l'importance de cette considération. L'intérêt des affaires ne constitue que le côté économique, utilitaire de la question; il n'apporte pas une justification morale ou juridique; il n'aurait, à lui seul, fonder le droit de l'acquéreur en dépouillant l'ancien propriétaire. Il ne faut pas oublier, en effet, que le droit de l'un ne s'établit qu'aux dépens de l'autre : comme on l'a dit, le « pereat presens » est le mauvais revers de la belle devise « vivat sequens ». Or, lorsqu'il y a conflit entre deux droits, il faut rechercher lequel il est juste de favoriser. La transmission des biens n'a pas son but en elle-même, mais dans la jouissance des biens, dont le corrélatif juridique est la propriété. La situation de l'acquéreur s'apprécie par son but et son intention; celle de l'ancien propriétaire porte sa valeur en elle-même.

En principe, le propriétaire ne perd son droit involontairement que par la prescription ou par l'expropriation. On a donc essayé de parler ici de prescription instantanée; mais c'était une contradiction dans les termes, et cela n'expliquait rien. Aujourd'hui, on invoque tout simplement l'effet de la loi, l'on parle d'acquisition *lege* (Colin et Capitant, 31, t. I, p. 918; Planiol et Ripert, 97, t. III, p. 372). Cette constatation paraît très juste, mais elle ne saurait dispenser d'une justification juridique. L'acquéreur n'obtient que ce que perd l'ancien propriétaire, et il faut en même temps expliquer cette perte de droit. Il y a là, a-t-on dit (Reichel, 99, p. 5), un problème de justice distributive, ou, aimons-

nous mieux dire, un problème d'équilibre et de compensation entre deux valeurs juridiques. Ce double effet corrélatif, acquisition et perte de droit réel, n'a-t-il pas son fondement à la fois en la personne de l'acquéreur et en celle du précédent propriétaire? La possession de bonne foi justifie l'acquisition du premier; suffit-elle à justifier la dépossession du second? Reichel, qui a eu le mérite d'approfondir la question, a posé ainsi la difficulté (99, p. 5) : « La bonne foi subjective de l'un ne peut pas peser plus fort que le bon droit objectif de l'autre. Sans doute l'acquéreur est innocent, mais, le propriétaire est normalement et juridiquement le premier innocent; celui-là a simplement l'intention, mais celui-ci a la vérité pour lui. L'état de fait subjectif est ainsi égal des deux côtés; mais la balance penche plutôt du côté du propriétaire, car *« plus est in re quam in existimatione mentis »* (9, 4, D. 22, 6).

Les principes de droit et de justice peuvent seuls renverser la balance. Pour expliquer la dépossession du propriétaire, on a fait appel à une idée de responsabilité. Reichel (99, p. 8) pose ce principe basé sur la philosophie du droit : « (Abstraction faite de l'intérêt public) l'imposition d'une préjudice juridique ne paraît juste que lorsqu'une faute est imputable au préjudicié; particulièrement une perte de droit ne paraît juste que lorsque le titulaire du droit s'est rendu indigne, soit de son droit, soit encore d'une protection ultérieure quelconque de lui-même ». Il en déduit que la dépossession de l'ancien propriétaire par l'acquéreur de bonne foi ne se justifie que lorsqu'une faute lui est imputable sous le rapport de la conservation de sa propriété (ou de sa possession) Au mérite de l'acquéreur par sa bonne foi correspond alors un démerite de l'ancien propriétaire par sa *culpa in custodiendo*. Celui-ci serait mal venu à se plaindre des conséquences de sa propre négligence, ou seulement de son défaut de vigilance. On

peut admettre, en effet, avec les exigences de la vie moderne, que le propriétaire est tenu d'une véritable obligation de vigilance¹ ou de diligence sur ses biens mobiliers, et qu'il lui suffit d'une simple indifférence ou insouciance pour s'exposer à se laisser dépouiller. La vigilance ou la diligence est devenue ici une vertu juridique : *Jura vigilantibus scripta*. Reichel (*loc. cit.*) a soin de dire que la *faute* dont on peut ici parler *lato sensu*, n'implique aucune idée de blâme. Il pourrait, nous semble-t-il, suffire de parler de *risque*, mais de *risque* volontaire; le propriétaire qui, par exemple, en confiant son bien à quelqu'un, ou en le laissant sans garde, à la « foi publique », s'expose à se laisser dépouiller, agit à ses risques et périls.

Il y a là un postulat rationnel dont la loi, tant en France qu'à l'étranger, tient assez mal compte. Il ne suffit pas de distinguer entre le cas de dessaisissement volontaire, où la revendication n'est pas possible contre les tiers acquéreurs de bonne foi, et le cas de dessaisissement involontaire, où la revendication reste ouverte pendant un certain temps. Cette distinction a été, avec raison, taxée de superficielle (Reichel, 99, p. 9, et Meister, p. 78, cité par Reichel). On peut, en effet, être aussi bien fautif, ou du moins peu digne de la protection de la loi, en oubliant un objet sur la voie publique, ou en laissant sa maison ouverte, qu'en remettant une chose à un artisan pour la réparer ou à un commissionnaire pour l'expédier. L'on peut agir très diligemment et prudemment dans ces derniers cas; l'on peut, au contraire, agir négligemment et imprudemment, en ne préservant pas son bien comme il sied, ou en n'empêchant pas à temps une usurpation. Tout ce qui reste vrai de la distinction tradition-

1. A un autre point de vue, M. R. Savatier a fait ressortir le devoir de surveillance sur les choses qu'on possède ou dont on tire profit. (*La sanction du devoir moral*, thèse Paris, p. 119).

nelle, c'est que, le plus souvent, il est plus difficile de se préserver contre des voleurs inconnus que contre ses propres préposés sans scrupule. Ceux-ci n'abusent que de ce qu'on leur laisse : « Que celui qui a mal placé sa confiance aille la chercher où il l'a mise », dit un vieux proverbe allemand.

Que ce propriétaire se soit dessaisi volontairement ou non, il est toujours possible qu'il ne mérite aucun reproche. Il ne s'en trouvera pas moins, dans certains cas, dépossédé au profit du tiers acquéreur de bonne foi, tellement est grande l'efficacité de la possession de bonne foi en matière mobilière. Ce résultat rigoureux est la conséquence inévitable du conflit antinomique entre l'ancien droit de l'un et le droit acquis de l'autre. Il suffit d'admettre que l'un ait acquis légitimement, en vertu de sa possession de bonne foi, pour que l'autre se trouve, par le fait même, perdre ce que le premier a gagné, le même droit ne pouvant, hors le cas de l'indivision, être conservé par plusieurs antagonistes sur la même chose.

Dans le cas de perte ou de vol, la revendication reste ouverte pendant trois ans contre les tiers acquéreurs de bonne foi. Notre art. 2279 al. 2 ne fait pas de distinction; mais on admet qu'il faut être de bonne foi pour se prévaloir de cette prescription abrégée, remplaçant celle de trente ans (Planiol, **95**, t. I, p. 765). On en a même refusé le bénéfice à un tiers ayant dolosivement cessé de posséder (Cass. 7 fév. 1910, D. 1910. 1. 201, S. 1910. 1. 225). Quant au délai de trois ans, il est généralement considéré comme suffisant, étant donné la rapidité de la circulation mobilière, qui ne fait que croître.

Plusieurs législations admettent une véritable *usucapion* mobilière pour tous les cas où l'acquisition immédiate ne peut se produire. Le délai et les conditions en sont variables : en Espagne, 3 ans avec bonne foi, ou 6 ans sans bonne foi (C. civ., art. 1955); en Suisse, 5 ans avec bonne foi (Z. G.

B., art. 728); en Allemagne, 10 ans avec bonne foi (B. G. B., art. 937). L'utilité de cette prescription reste assez restreinte dans les législations qui, comme la nôtre, admettent l'acquisition instantanée des meubles par le possesseur réunissant les qualités requises, même s'ils lui ont été transférés par un non-propriétaire (Z. G. B., art. 714, al. 2, correspondant à notre art. 2279) (Rossel et Mientha, **101**, p. 106). — Elle est un peu plus grande en droit allemand, parce qu'elle remédie au défaut de titre, le titre étant exigé pour l'acquisition immédiate. Elle s'applique, non seulement aux cas de dépossession involontaire (B. G. B., art. 935), mais aussi aux cas d'aliénation nulle, de constitut possessoire (art. 933), d'acquisition par succession, ou d'appropriation d'une chose sans maître.

La prescription acquisitive est une institution complémentaire de l'acquisition immédiate. Elle est plus facilement admise, parce que, moins soudaine et plus facile à prévoir, elle est moins dangereuse pour l'ancien propriétaire. Le délai de prescription a pour lui, comme dit Reichel (**99**, p. 12), le sens d'un délai de grâce pour se présenter et défendre son droit. « L'acquisition immédiate de bonne foi franchit les bornes sans déclaration de guerre, dans la nuit et la brume; la prescription, au contraire, équivaut à un ultimatum à long délai ». (**99**, p. 13). Contre le propriétaire qui laisse passer ce délai sans le mettre à profit, on peut présumer une négligence, une *culpa in custodiendo*, si du moins il a été dans la possibilité de connaître l'usurpation et d'agir contre le possesseur. Par une communication faite à temps à ce dernier, il peut le mettre en état de mauvaise foi, et il est juste d'admettre, avec le droit allemand (B. G. B., art. 937), que la *mala fides superveniens* empêche l'acquisition.

CHAPITRE III

Le maintien des actes passés par celui qui se croit titulaire d'un droit

Que chacun agisse selon qu'il est pleinement persuadé dans son esprit.
St Paul, *Épître aux Romains*, XIV, 5.

Avant de devenir propriétaire, — et nous avons vu que, pour les immeubles, il faut un temps assez long, — le possesseur qui a acquis *a non domino* accomplit un certain nombre d'actes se rattachant à l'exploitation du fonds : perception des fruits, travaux d'aménagement, etc. Ces actes sont, en général, légitimés par sa bonne foi. D'autres situations sont assimilées à celle du possesseur, lorsque leurs auteurs sont également de bonne foi : celle de l'*accipiens*, celle de l'héritier et, avec quelques particularités, celle de l'époux. Leur croyance en l'existence de leur droit fait que leurs actes sont maintenus comme s'ils émanaient d'un véritable titulaire.

§ I. — Le possesseur de bonne foi

La bonne foi du possesseur consiste à ignorer le vice qui l'a empêché de devenir propriétaire ou qui rend fragile son titre d'acquisition, ou, d'une façon plus positive, à croire en le défaut de vice de son titre. Il ne suffit pas ici d'une

bonne foi « relative », consistant seulement dans la croyance que l'auteur du titre était réellement propriétaire; il faut une bonne foi « absolue », expression équivoque s'entendant de la bonne foi qui s'étend à tous les vices pouvant affecter le titre : défaut de droit, défaut de capacité chez son auteur, etc. (Cass. civ., 19 déc. 1864, S. 1865. I. 18; civ. 7 juill. 1868, D. 1868. I. 446; etc. Aubry et Rau, 7, t. II, p. 407; Planiol et Ripert, 97, t. III, p. 182).

Il ne s'agit pas, en effet, seulement des rapports entre le tiers possesseur et le propriétaire revendiquant. A cette hypothèse principale on doit assimiler celle où, comme conséquence de l'action en annulation de l'acte, le propriétaire réclame le délaissement de sa chose contre celui auquel elle avait été livrée. De même, au cas d'admission d'une action paulienne ou d'une action en rescision de partage. Les règles formulées par les art. 549 et suivants combinés avec l'art. 1378 du C. civ., sont générales : elles s'appliquent aux diverses actions tendant au déguerpissement. Cependant, elles ne peuvent s'appliquer aux actions pour lesquelles la bonne foi même excusable, ne peut jouer : action en résolution, soit par l'effet d'une condition résolutoire expresse, soit par application des art. 954, 1184 et 1654 du C. civ., où la résolution s'opère avec effet rétroactif; action en rescision de vente mobilière, où la restitution des fruits est régie par une règle particulière (art. 1682); action en réduction (art. 928); action en révocation de donation pour cause d'ingratitude ou de survenance d'enfant (art. 962), etc. (Aubry et Rau, 7, t. II, p. 406).

Il n'est pas nécessaire que la bonne foi soit appuyée sur un titre réel; un titre putatif suffit. C'était l'opinion admise en droit romain et dans notre ancien droit, et elle a été sui-

vie par notre jurisprudence¹. Elle a été consacrée par le Code portugais (art. 2306, relatif à l'accession). L'art. 550 de notre C. civ. n'exige le juste titre que comme moyen de preuve ou élément de la bonne foi; car, en général, il est impossible d'admettre la bonne foi de celui qui possède sans titre. Si pour la prescription de 10 à 20 ans on donne une règle contraire, c'est à cause de l'art. 2265 qui s'exprime différemment de l'art. 550; et l'on comprend qu'on se montre plus exigeant pour l'acquisition de la propriété immobilière que pour celle des fruits et pour le maintien d'autres actes d'importance secondaire.

Le défaut de titre n'en est pas moins, spécialement en matière immobilière, une circonstance anormale qui ne permet généralement pas de présumer la bonne foi. Aussi décide-t-on que, lorsque le possesseur n'invoque qu'un titre putatif, il lui appartient d'apporter la preuve qu'il a eu des raisons plausibles de croire à l'existence d'un titre régulier (Aubry et Rau, **7**, t. II, p. 411; Baudry et Chaveau, **10**, t. I, n° 313; Colin et Capitant, **31**, t. I, p. 931; Planiol et Ripert, **97**, t. III, p. 183).

Les avantages accordés au possesseur de bonne foi sont autant de restrictions apportées aux droits du propriétaire. Les Romains eux-mêmes, comme l'a remarqué Ihering (**59**, t. I, 3, p. 196), « ont senti bien clairement que l'idée de propriété, pour être pratique, ne peut être poursuivie dans toutes ses conséquences, qu'au contraire il y a certaines bornes contre lesquelles elle se brise, en d'autres termes que l'ancienne propriété disparaît et qu'il en naît une nouvelle. C'est précisément là-dessus que repose la sûreté des rela-

¹ I. Arthaud, **4**, p. 351; D. *Jur. Gén.*, v° *Propriété*, n° 328 et s.; Cass. Civ., 8 janv. 1872, D. 1873. I. 57, pour le cas fréquent de l'héritier apparent, etc.

tions de propriété, et c'est à cette considération que nous devons l'usucapion et aussi la spécification, l'accession et l'acquisition des fruits par le *bonæ fidei possessor*. » La possession de bonne foi est une propriété apparente, une situation objectivement analogue à la propriété, dont on peut encore dire avec Paul (D. 50, 17) : « Bona fides tantumdem possidenti præstat quantum veritas ». Sur des points comme l'acquisition des fruits, le possesseur de bonne foi a les mêmes droits que le propriétaire.

Ces avantages sont accordés, non seulement dans l'intérêt du possesseur de bonne foi, mais encore plus dans l'intérêt des tiers de bonne foi qui traitent avec lui. Il est également équitable que, dans le conflit qui s'élève entre le propriétaire négligent, ou tout au moins inactif, et le possesseur de bonne foi qui utilise, comme aurait dû le faire le propriétaire lui-même, le bien momentanément délaissé, ce soit le second qui l'emporte. Le propriétaire doit s'en prendre à lui-même du préjudice qu'il subit et que, par une plus grande diligence, il aurait pu éviter. Il a d'autant moins à se plaindre qu'il conserve tous ses droits pour l'avenir.

Les divers avantages attachés à la possession immobilière de bonne foi sont :

- 1° L'acquisition des fruits;
- 2° L'irresponsabilité de l'état de la chose;
- 3° Le droit au remboursement des dépenses utiles ou des améliorations, avec le droit de rétention qui y est attaché.

Ces avantages existent aussi bien pour le possesseur d'une hérédité que pour celui de choses individuelles.

On pourrait se demander si la bonne foi joue encore un rôle dans les actions possessoires. Mais on admet généralement la négative. Par exception, le Code civil du Canton de Zurich en décide autrement, lorsqu'il s'agit

de protéger le possesseur contre un simple trouble arbitraire, non violent ni délictueux (art. 81 et 92). Cette disposition se comprend mal : il n'est pas besoin de bonne foi pour que la possession régulière mérite protection contre tout trouble indû. C'est vis-à-vis du légitime ayant droit que la question de bonne foi présente de l'importance de la part du possesseur.

I. — Acquisition des fruits.

Bonorum enim laborum gloriosus est fructus
Livre de la Sagesse, III, 15.

Le possesseur de bonne foi fait les fruits siens, aux termes de l'art. 549 du C. civ. Cette règle remonte à notre ancien droit (ord. de Villers-Cotterets 1539) et au droit romain (Paul, L. 48, D., *De acq. rer. dom.*, 41, 1). Il acquiert les fruits à titre de propriétaire, par la perception, selon la règle traditionnelle. Certaines législations se contentent de la simple séparation (Scuto, 114, p. 351; en ce sens la plupart des Codes suisses : Berne, art. 377; Lucerne, art. 229; Fribourg, art. 441; Zurich, art. 85).

On justifie généralement cette exception au droit d'accession du propriétaire par un motif particulier d'équité : le possesseur subirait une perte pouvant être ruineuse, s'il était obligé de restituer tous les fruits qu'il a perçus ou leur valeur au propriétaire qui a négligé de faire valoir ses droits; car les fruits sont des choses destinées à être consommées à mesure et à couvrir les dépenses usuelles. Mais précisément, ce fondement équitable n'existe pas toujours, ainsi lorsque les fruits n'ont pas été consommés ou qu'ils sont en disproportion avec les charges de l'exploitation ou le temps de

la possession. Le droit romain du Bas-Empire permettait au propriétaire revendiquant de reprendre dans tous les cas les fruits non consommés (Arthaud, 6, p. 141) : c'était excessif. Beaucoup plus raisonnable est la règle du Code civil allemand (art. 993 et 818), qui oblige le possesseur de bonne foi à restituer les fruits jusqu'à concurrence de son enrichissement indû, et celle du Code civil zurichois (art. 85, al. 2), qui dispose très équitablement dans le même sens : « Par exception, le juge peut l'astreindre (le possesseur de bonne foi) à restituer les fruits non encore consommés ou à rembourser la valeur des fruits consommés, dans les cas où ces fruits sont ou ont été pour lui une cause d'enrichissement illégitime (ungehärig) ». Il en est ainsi lorsque le possesseur ferait en peu de temps un profit excessif : par exemple, un héritier de bonne foi qui, s'étant mis en possession d'un vignoble à la veille des vendanges, aurait fait la récolte et vendu le vin, avant d'apprendre que la succession appartenait à un tiers.

L'acquisition de fruits s'opérant par la perception, la bonne foi doit exister au moment de chaque fait de perception. A la différence de la possession aboutissant à la prescription, qui résulte de faits continus ou répétés, celle faisant acquérir les fruits se décompose en faits simples et isolés (Douai, 15 mai 1847, S. 1847. 2.564 ; Orléans, Chambres réunies, 11 janv. 1849, D. 1849. 2. 172). Or, c'est bien toujours au moment de l'acte d'où naît le droit, que la bonne foi est exigée.

L'art. 138 du C. civ. ne fait qu'appliquer à un cas particulier la règle édictée par l'art. 549. Il suppose un possesseur ayant recueilli la succession à défaut d'un absent qui y était appelé ; mais sa disposition s'étend à tout possesseur de bonne foi d'une succession. Il est tout à fait naturel que le possesseur de bonne foi, qui n'est jamais tenu de l'hérédité que jus -

qu'à concurrence du profit qu'il en a retiré, soit dispensé de restituer les fruits par lui perçus, puisque d'ordinaire les fruits se dépensent au fur et à mesure de leur perception et ne procurent pas d'enrichissement.

II. — Irresponsabilité de l'état de la chose.

Le possesseur de mauvaise foi, tenu de rendre la chose, non seulement comme détenteur, mais aussi en vertu d'une obligation personnelle, délictuelle ou quasi-délictuelle, est responsable de toutes les détériorations, même de celles arrivées par cas fortuit (arg. art. 1379, 1138 et 1302, C. civ.). Au contraire, le possesseur de bonne foi n'est jamais tenu que dans la mesure où il possède. Il n'est responsable, ni des détériorations qu'il a laissé se produire, ni des dégradations qu'il a commises. Il devra simplement restituer la chose dans l'état où elle se trouvera au moment de la revendication; et si elle a été perdue ou aliénée, il ne devra rien. Il ne devra compte que du profit qu'il a pu tirer de ces fruits, car il ne doit pas s'enrichir aux dépens du propriétaire: ainsi, s'il a vendu la chose, il est tenu de restituer le prix obtenu (arg. art. 1380, C. civ.). Ces règles, qui existaient déjà en droit romain (*Dig.*, L. 45, *De rei vind.*, 6, 1) et dans notre ancien droit, sont consacrées par les art. 1379 et 1380 du C. civ. pour le cas où une personne a reçu une chose qui ne lui était pas due: elles s'appliquent, comme l'art. 1631 le suppose implicitement, à tous les autres cas de possession. (Aubry et Rau, 7, t. II, p. 567; Arthaud, 6, p. 370). Elles sont édictées en termes généraux par plusieurs codes étrangers (C. civ. espagnol, art. 457; C. civ. fédéral suisse, art. 938; etc.).

Ces règles sont appliquées notamment par la jurisprudence au possesseur d'hérédité. Ainsi, l'héritier qui possède

de bonne foi et qui vend la chose par lui possédée, n'est tenu envers le véritable propriétaire qu'à la restitution du prix de vente, non à la valeur de la chose (Cass. civ. 24 mai 1848, S. 1849.1.125). De même, ont été réputés de bonne foi des héritiers qui, dans l'ignorance d'un jugement non signifié, qui avait annulé un arrêté de cantonnement (du Conseil d'Etat 3 sept. 1776) en vertu duquel leur auteur avait autrefois possédé, s'étaient fait restituer administrativement la possession (il s'agissait de bois) que ce dernier avait délaissée en exécution de la condamnation prononcée contre lui; en conséquence, ayant vendu à un tiers une partie des immeubles, ils ont été tenus seulement à la restitution du prix qu'ils en avaient retiré : « Attendu, dit la Cour, que, dans leur position (de bonne foi), ils ne doivent compter que de ce qu'ils ont reçu, et que la commune (propriétaire) a à s'imputer d'avoir agi si tardivement et de s'être privée, par son fait...de l'exercice du droit qu'elle aurait eu de préférer l'action revendicatoire à l'action personnelle ». (Orléans, Chambres réunies, 11 janv. 1849, D. 1849. 2. 172).

De la vente faite par l'héritier de bonne foi se rapproche le cas particulier de l'héritier du dépositaire qui a vendu de bonne foi la chose dont il ignorait le dépôt : il n'est tenu que de restituer le prix reçu (C. civ., art. 1935; de même, C. civ. italien, art. 1851). Cette disposition, en droit romain, s'étendait, avec moins de raison, à l'héritier du commodataire aussi bien qu'à celui du dépositaire (Ulpien, L. 1, § 47, D., *Depositi*, 16, 3).

III. — Droit au remboursement des dépenses utiles ou des améliorations.

Dans le compte des dépenses, il n'est fait état de la bonne foi du possesseur que pour les dépenses utiles, non pour

les dépenses nécessaires, qui ont conservé la chose au profit du propriétaire et doivent par conséquent être remboursées par lui, ni pour les dépenses voluptuaires, qui ont été engagées pour le pur agrément du possesseur et doivent donc rester à sa charge. Quant aux dépenses utiles, celles qui sont une charge de la jouissance, les frais d'entretien et de culture, doivent être supportées par le possesseur de bonne foi, puisqu'il jouit de la chose et en acquiert les fruits; le possesseur de mauvaise foi, au contraire, peut les imputer sur les fruits qu'il est tenu de rendre.

Restent celles des dépenses utiles que, en raison de leur importance, il est d'usage de prélever sur le capital. Le possesseur de bonne foi a droit, soit au remboursement de la plus-value par elles donnée au fonds, soit au remboursement des frais, selon une option accordée au propriétaire : ainsi le décide l'art. 555 du C. civ., al. 3, en une rédaction dépourvue de netteté et de cohérence. Les Codes civils espagnol (art. 453, al. 2) et italien (art. 450) contiennent la même règle. D'autres législations ne retiennent que le premier terme de cette option, le droit du remboursement de la plus-value (C. civ. portugais, art. 2306 § 3; C. civ. allemand, art. 996; C. civ. zurichois, art. 87; C. civ. monténégrin, art. 24). Le C. civ. fédéral suisse contient une disposition plus rationnelle (art. 673, al. 3) : « Si la valeur des constructions excède évidemment celle du fonds, la partie qui est de bonne foi peut demander que la propriété du tout soit attribuée au propriétaire des matériaux, contre paiement d'une indemnité équitable ». Le C. civ. espagnol (art. 361) permet également au propriétaire d'exiger du constructeur de bonne foi l'achat du terrain occupé.

Le propriétaire ne peut exiger l'enlèvement des plantations, constructions ou autres travaux faits par le posses-

seur, que si celui-ci est de mauvaise foi (C. civ., art. 555, al. 2 et 1; C. civ. italien, art. 450; C. civ. portugais, art. 2307; C. civ. monténégrien, art. 37). Mais s'il préfère les conserver, il doit, d'après notre Code (art. 555, al. 3), en rembourser le coût. D'autres législations, comme celle de l'Italie (C. civ., art. 450), lui laissent l'option de rembourser, soit le coût, soit la plus-value : il arrive souvent que la plus-value soit inférieure aux dépenses, et il est juste que la perte reste au possesseur de mauvaise foi qui a engagé des frais excessifs.

On voit, en somme, que l'avantage accordé au possesseur de bonne foi n'est pas bien grand. C'est qu'en réalité le droit au remboursement des améliorations n'est pas fondé sur la bonne foi, mais sur la règle de justice qui défend de s'enrichir injustement aux dépens d'autrui : « *Nemni licet cum alterius jactura locupletari* ». L'influence de la bonne foi ne s'exerce que sur les modalités qui accompagnent l'exercice du droit (Ruta, 105, p. 74).

Concevant dans cet esprit la disposition précitée de l'art. 555, dont la première partie s'exprime en des termes généraux, la jurisprudence s'est refusée à la restreindre, comme l'y invitait la doctrine, à la matière des actions réelles (Aubry et Rau, 7, II, § 204, p. 396; Baudry Lacantinerie et Chauveau, 10, n° 372; Colin et Capitant, 10, I, p. 863). Elle l'étend à tous les tiers détenteurs ayant construit ou planté sur le terrain d'autrui, soit véritables possesseurs actionnés en revendication, soit simples détenteurs précaires, — locataires, fermiers, emphytéotes, — actionnés en restitution (Cass Req. 7 mai 1895, D. 1895. I. 319. S. 1897. I. 35; 18 fév. 1896, D. 1896. I. 240, S. 1897. I. 36; 15 juill. 1912, D. 1914. I. 28; Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse Toulouse 1920, II, p. 37 et s.; Planiol et Ripert, 97, III, p. 264).

Plusieurs législations étrangères accordent au seul possesseur de bonne foi un *droit de rétention* sur l'immeuble pour le remboursement des indemnités qui lui sont dues par le propriétaire, spécialement du chef des améliorations (C. civ. espagnol, art. 453; C. civ. italien, art. 706; C. civ. japonais, art. 197; C. civ. fédéral suisse, art. 939; C. civ. zurichois, art. 87). Le droit romain aboutissait déjà à ce résultat au moyen de l'exception de dol, qui permettait au possesseur de bonne foi d'obtenir du juge l'autorisation de ne pas restituer la chose avant qu'il lui soit tenu compte de ses dépenses, ou de n'être condamné à l'estimation de la chose que déduction faite de leur montant (Paul, L. 27, § 5, *Dig., De rei vindi.*, 6, 1; *Just. Instil.*, liv. 2, tit. 1, §§ 30 et 33).

Suivant la tradition, notre jurisprudence, elle aussi, n'accorde le droit de rétention qu'au possesseur de bonne foi¹. Elle en donne des motifs qui sont purement d'équité : « considérant qu'on ne saurait attribuer ce privilège exceptionnel au possesseur condamné à la restitution des fruits à raison de sa mauvaise foi, et dont la possession n'a pu servir, par cela même, de base à la prescription décennale; considérant qu'aucun intérêt ne s'attache à la prescription d'un tel possesseur et qu'on ne pourrait justement le maintenir dans la jouissance d'un immeuble qui ne lui appartient pas, par préférence au légitime propriétaire qui en réclame le délaissement ». (Bastia, 9 juill. 1856, cité en note ci-dessous). Le possesseur de mauvaise foi est, par le seul fait de son usurpation, en demeure de restituer : sa possession est délictueuse *ab initio*; il ne peut donc retenir l'immeuble.

1. Cass. Req. 22 déc. 1873, D. 1874. 1. 241, S. 1874. 1. 72; 13 juill. 1903, S. 1904. 1. 21; Bastia, 9 juill. 1856, L. 1858. 2. 262, S. 1856. 2. 404. Le même. Gand, 7 et 14 avril 1881, *Pas.* 1881. 2. 210; Cass. Naples, 7 janv. 1896, S. 1897. 4. 33. En ce sens, Cassin, 27, p. 558. En sens contraire, Planioi 95. n° 2524; Ferron, note du S. 1901. 1. 193.

Il est vrai que, comme l'ont remarqué MM. Colin et Capitant (31, t. II, p. 783), le possesseur, en réclamant son dû, ne se montre pas de mauvaise foi. C'est, au contraire, le propriétaire qui se montre tel en ne voulant pas rembourser ce qu'il doit : il contrevient à l'obligation générale d'exécuter de bonne foi. Cette obligation interdit de demander à son cocontractant ce que soi-même on se refuse à exécuter. MM. Aubry et Rau ont très bien vu que du principe de de l'art. 1134 al. 3 « il suit que celui qui réclame l'exécution d'une convention ne peut le faire qu'à la condition de remplir, de son côté, les obligations qu'il a contractées ou qui sont nées à l'occasion de cette convention ». (7, t. III, § 255 bis, n° 5, p. 115). Cette thèse, qui rattache le droit de rétention à l'exception *non adimpleti contractus*, a été donnée pour le cas où les obligations réciproques dérivent d'un même fait juridique, contrat ou quasi-contrat. Mais il y a les mêmes raisons de l'étendre au cas où les obligations réciproques se rapportent à la même chose, sans autre lien qu'un *debitum cum re junctum* ou une simple connexité entre la chose retenue et la créance du rétenteur, comme il arrive lorsque la dette au sujet de laquelle le détenteur de la chose d'autrui oppose au créancier son droit de rétention, a pris naissance à l'occasion de la chose détenue : c'est le cas du possesseur qui oppose sa créance d'impenses ou d'améliorations au propriétaire revendiquant. On pourrait même très équitablement avec MM. Colin et Capitant (*loc. cit.*, note), se contenter, pour le droit de rétention, de la simple réunion sur la tête du même possesseur, d'une obligation de restitution, envers le propriétaire et d'une créance contre lui, à la condition que la possession soit régulière.

Le droit de rétention apparaît ainsi, du côté du propriétaire, comme une sanction de son obligation d'exécuter

de bonne foi, et du côté du possesseur, comme une exception tirée du refus du propriétaire à cette exécution. Il est fondée sur un principe de justice, qui consiste à ne pas réclamer ce que soi-même on ne veut pas donner. Il constitue une application équitable de l'obligation générale d'agir avec bonne foi, en y ajoutant une sûreté naturelle qu'elle ne comporte pas par elle-même. Il appartient certainement au possesseur de bonne foi. On ne conçoit nullement l'impossibilité qu'il soit, avec quelque circonspection, accordé également au possesseur originairement de mauvaise foi, lorsque ce possesseur en vient à se comporter de bonne foi et qu'on peut dire que la mauvaise foi passe vraiment du côté adverse. Mais cette situation est exceptionnelle, surtout dans notre droit, où la mauvaise foi originaire du possesseur, disons mieux de l'usurpateur, l'empêche de se prévaloir de la bonne foi qui peut lui survenir dans la suite. Puis, la meilleure manière de montrer sa bonne foi nouvelle n'est-elle pas de restituer le bien d'autrui? Après la réclamation du propriétaire, il est d'ailleurs bien difficile au possesseur de rester de bonne foi.

§ II. — Le constructeur de bonne foi.

Lorsque le constructeur a fait de bonne foi des constructions, plantations ou travaux sur le sol d'autrui, le propriétaire revendiquant doit les respecter et lui en rembourser le coût ou la plus-value en résultant : c'est l'hypothèse qui vient d'être envisagée et qui a été prévue par l'art. 555 du C. civ. Une hypothèse voisine, qui n'a pas été prévue par notre loi, est à examiner, c'est lorsque des ouvrages n'ont été élevés qu'en partie sur le sol d'autrui. Il ne s'agit plus de faire obstacle par la bonne foi du constructeur, à un

simple droit d'accession du propriétaire qui reprend son fonds, mais de consacrer, au nom sacré de la bonne foi, un empiètement bien caractérisé sur le droit non moins sacré de la propriété d'un voisin resté en possession de l'ensemble de son fonds. Et la solution sera d'autant moins aisée que généralement il s'agira d'une construction pratiquement impartageable.

I. — Droit aux empiètements réalisés au su du propriétaire.

La solution paraît s'établir nettement en faveur du constructeur de bonne foi, dans le cas où la construction a été faite au su et sans opposition du propriétaire voisin. On admet alors de la part de ce dernier une autorisation tacite à l'empiètement, abandonnant au constructeur une sorte de droit de superficie qui lui permettra de jouir de sa construction pendant tout le temps qu'elle durera¹.

Plusieurs législations étrangères donnent même au constructeur de bonne foi le droit de se faire attribuer la propriété du sol occupé, contre paiement d'une équitable indemnité, c'est-à-dire de la valeur vénale du terrain augmentée de dommages

1. Demolombe, 42, t. 1, n° 691^{ter}, p. 621; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, 7, n° 372 et 377; Planiol et Ripert, 97, t. III, p. 263; Rouen, 28 juin 1838, sous Cass., 26 juil. 1841, S. 1841, 1. 836, P. 1841, 2. 565; Poitiers, 6 mai 1891, S. et P. 1892, 2. 108. Dans le même sens, arrêt récent et inédit de la Cour de Poitiers (Guionneau c. Boucherie et Etat français, 30 déc. 1926), ainsi motivé : « Attendu, au surplus, qu'il n'est pas douteux que la cabane de Gagnard a été construite au vu et au su des auteurs de Guionneau, qui ont consenti tacitement son établissement; que Gagnard et Boucherie ont joui du terrain et de la cabane en vertu d'arrêtés préfectoraux réguliers; que, dans ces conditions, l'appelant (Guionneau, propriétaire voisin revendiquant), bien que propriétaire de la digue sur laquelle reposent les deux piliers sud de la cabane depuis plus de 30 ans à ce jour (temps de la guerre comprise), ne peut en exiger le retrait, l'intimé Boucherie ne se trouvant dans aucune des conditions qui soient de nature à le faire considérer comme un possesseur de mauvaise foi aux termes de l'art. 555 C. civ. ». Il s'agissait d'une cabane ostréicole élevée sur une concession du domaine public maritime, mais dont une partie portait sur une digue appartenant au propriétaire voisin (Guionneau).

intérêts¹ (C. fédéral suisse, art. 679, all. 3; C. civ. italien, art. 452; C. civ. monténégrin, art. 38). Le code vénézuélien présente cette particularité de fixer comme prix à payer le double de la valeur, outre les dommages-intérêts (De la Grasserie, *Code civil du Vénézuela*, Paris, Giard et Brière, 1897).

La bonne foi du constructeur se présente, dans notre hypothèse, avec une force toute particulière. Son ignorance des véritables limites de sa propriété et sa croyance que le sol occupé est à lui, se trouvent renforcées par l'attitude du véritable propriétaire du sol qui connaît l'occupation et la laisse faire sans se plaindre. Cette attitude ne doit pas nécessairement être interprétée dans le sens d'une autorisation tacite. D'ailleurs, l'idée de consentement tacite à un contrat *sui generis*, que notre jurisprudence en tire, soulève des difficultés particulières de preuve, en raison des règles spéciales de la preuve des obligations. Il est également possible que ce propriétaire pêche par négligence à défendre ses droits, ou même par ignorance des limites de sa propriété : il commet alors une faute, et il est juste de le sacrifier au constructeur de bonne foi, si réellement celui-ci n'a rien à se reprocher.

Dans ce conflit de droit où il faut nécessairement sacrifier quelqu'un, la situation doit être appréciée en équité. Mais il ne faut pas oublier qu'il s'agit de faire échec à un droit de propriété bien établi, droit solide entre tous et à certains égards véritablement absolu : on ne saurait l'exproprier pour utilité privée. Pour pouvoir en être dépouillé,

1. On a prétendu que l'attribution de dommages-intérêts ne se justifiait que par une raison de tradition historique (Ruta. 105, p. 110). Elle paraît cependant bien équitable, d'autant plus que les tribunaux ont pleine liberté d'appréciation pour évaluer le préjudice.

ne serait-ce que d'une minime parcelle et moyennant une large indemnité, il faut réellement que le propriétaire s'y prête, en laissant accompli l'irréparable, ou le difficilement réparable, par un voisin à qui ne puisse être reproché, non seulement aucune mauvaise intention, mais même, ce qui est plus rare, aucune légèreté ou imprudence. La bonne foi susceptible de mériter une faveur si exorbitante doit être appréciée avec rigueur et admise avec prudence.

Il est excessif, comme on l'a fait dans certains pays, notamment en Italie (Ruta, 105, p. 109), d'obliger dans tous les cas le propriétaire à vendre la surface occupée. Il peut suffire d'attribuer au constructeur un droit de jouissance sur la superficie, comme le fait la jurisprudence française, ou même, lorsque l'enlèvement est praticable, de lui accorder un simple dédommagement pour son travail. Le Code suisse (art. 679, al. 3, précité) dispose avec sagesse que, soit la constitution d'une servitude lui permettant de conserver l'empiètement, soit la vente de la surface usurpée, peut être demandée par le constructeur de bonne foi, « si les circonstances le permettent », c'est-à-dire si l'enlèvement de la saillie est de nature à lui causer un sérieux dommage (Rossel et Mentha, 101, t. II, p. 52).

Ce texte a soin d'exiger également « que le propriétaire lésé, après avoir eu connaissance de l'empiètement, ne s'y soit pas opposé en temps utile », c'est-à-dire avant que la construction fût trop avancée. Il y a là une question de fait à apprécier. — Lorsque la construction n'est que commencée au moment de l'opposition du propriétaire, la question se pose également de décider si le constructeur pourra occuper le reste du sol nécessaire à l'achèvement de l'édifice ou si, au contraire, il devra arrêter les travaux à la limite déjà occupée. En droit italien, et aussi sans doute en droit suisse,

les juges peuvent autoriser l'achèvement des travaux, surtout si l'attitude du propriétaire du sol manque de droiture (Ruta, 105, p. 110).

II. — Droit aux empiètements réalisés à l'insu du propriétaire ?

L'embarras augmente dans le cas où la construction a été élevée à l'insu du propriétaire. Notre jurisprudence est incertaine. Jusqu'à ces dernières années, elle paraissait pencher vers l'inapplicabilité de l'art. 555 et le respect du droit du propriétaire (Cass. 25 avril 1888, S. 1888, 1, 380, P. 1888. 1. 927; Cass. 27 oct. 1897, S. et P. 1898. 1. 324; Cass. 15 juill. 1901, S. et P. 1902. 1. 217), mais sans se prononcer nettement (note sous Cass. 16 juin 1903, S. 1905. 1. 329). Elle paraît aujourd'hui pencher plutôt vers l'applicabilité de l'art. 555 et la conversion du droit de propriété en droit à indemnité.

S'il est permis d'appliquer ce texte, qui vise le cas d'éviction d'un tiers possesseur, ce ne peut être que par extension à une situation qui, à côté d'analogies, présente des différences appréciables avec celle-là. Il faut donc l'appliquer dans un esprit différent. En effet, d'une part, le propriétaire qu'il s'agit d'évincer sur une bande de son fonds, est bien plus aisément excusable d'avoir laissé commettre à son insu par un voisin un empiètement plus ou moins étroit, que d'avoir laissé prendre possession par un tiers quelconque d'une propriété lui appartenant. D'autre part, au contraire, le constructeur qui n'a pas craint d'empiéter, est bien plus difficilement excusable à dépasser ses propres limites, qu'il devait connaître, qu'un acquéreur à entrer en possession d'un fonds qu'il a des raisons de croire avoir légitimement acquis et qui ne paraît pas avoir d'autre propriétaire. Un propriétaire immobilier n'est pas tenu à une vigilance cons-

tante et totale sur des biens que la loi elle-même se charge de lui conserver pendant tout le temps de la prescription. Mais un constructeur qui bâtit sur les confins de sa propriété, doit préalablement s'assurer des limites exactes, en consultant son titre, et en cas de doute, demander un bornage. L'absence du propriétaire, fait accidentel, ne doit pas, disent MM. Rossel et Mentha (101, t. II, p. 53), causer un dommage irréparable à son voisin qui construit de bonne foi, alors que celui-ci aurait sans doute renoncé à tout empiètement si sa méprise lui avait été signalée à temps par l'intéressé. Mais c'est à celui qui entreprend les travaux à s'assurer de son droit et prendre toutes ses précautions; ne pouvait-il pas éviter tout risque en faisant connaître, d'une façon ou d'une autre, ses intentions au propriétaire en question?

Il peut arriver cependant que, trompé par une rédaction vicieuse de son titre ou une apparence équivoque de l'état des lieux, le constructeur tombe dans une méprise invincible. Doit-il en supporter toutes les conséquences, et le propriétaire lésé, lorsqu'il apprendra l'empiètement, pourra-t-il exiger la démolition d'un édifice peut-être important qui ne lui cause qu'un tort insignifiant? Il y aurait là une véritable disproportion entre l'exercice strict d'un droit et le dommage causé par cet exercice à un voisin non fautif, alors que tout rentrerait dans l'ordre en convertissant en droit à indemnité ce droit de propriété que son titulaire a laissé entraver, et en allouant à ce dernier l'indemnité équitable prévue par plusieurs législations dans l'hypothèse précédemment examinée.

Les législations étrangères sont aussi muettes que la nôtre sur cette question. L'on se demande si l'on doit étendre ou restreindre la solution donnée dans le cas de construction sur le terrain d'autrui ou dans celui d'empiètement réalisé

au su du propriétaire. Juridiquement on devrait plutôt la restreindre, car les mêmes motifs que dans ces derniers cas ne se retrouvent pas dans l'hypothèse de l'empiètement à l'insu du propriétaire. Mais il faut reconnaître que des sérieuses raisons pratiques poussent à appliquer ici par analogie de sages dispositions comme celles de l'art. 679, al. 3 du C. civ. italien, qui ne permet au propriétaire lésé d'exiger l'enlèvement que s'il n'en résulte pas un dommage excessif pour le constructeur de bonne foi (Rossel et Mentha, 101, t. II. p. 53).

§ III. — L'*accipiens* de bonne foi.

De même que l'action en revendication du propriétaire dépossédé est arrêtée par la bonne foi du possesseur ou, jusqu'à un certain point, par celle du constructeur, de même l'action en répétition de l'indû du *solvens* est arrêtée par la bonne foi de l'*accipiens*. Le créancier qui a reçu un paiement d'un non-propriétaire ou d'un incapable qu'il croyait propriétaire ou capable (C. civ., art. 1238), ou d'un non-débiteur qu'il prenait pour son débiteur (C. civ., art. 1377 et s.; de même, C. civ. japonais, art. 457 et s., etc.), en un mot l'*accipiens* qui a reçu de bonne foi un paiement qu'il n'avait pas le droit de recevoir, est dans une situation analogue à celle du possesseur de bonne foi.

Nous avons déjà vu, à propos de ce dernier, l'application des art. 1378 à 1380 du C. civ., relatifs à la restitution de la chose reçue en paiement. Comme tout possesseur de bonne foi, l'*accipiens* de bonne foi ne doit restituer la chose que dans l'état où elle se trouve au moment de la répétition, et il n'est tenu que jusqu'à concurrence de son enrichissement. Cette règle était déjà consacrée par le droit romain et notre

ancien droit (Arthaud, 6, p. 281). L'art. 1380 n'en fait qu'une application particulière, en obligeant l'*accipiens* de bonne foi qui a vendu la chose à ne restituer que le prix de la vente. Cette faveur accordée à la bonne foi se justifie aisément : si quelqu'un doit se trouver en perte par suite du paiement de l'indû, il est juste que ce soit celui qui a eu l'imprudence de faire le paiement, plutôt que celui qui s'est contenté de le recevoir en croyant y avoir droit.

La faveur due à la bonne foi se fait spécialement sentir dans deux situations particulières, celle du créancier qui a consommé la chose reçue et celle du créancier qui a supprimé son titre après paiement.

I. Consommation de la chose reçue en paiement d'un non-propriétaire ou d'un incapable.

La consommation empêche que la chose reçue en paiement puisse être restituée identiquement, soit qu'elle n'existe plus en nature, soit qu'elle ait été aliénée, soit qu'elle ne puisse plus être distinguée des choses de même espèce. Cette consommation de bonne foi valide le paiement : le débiteur ne pourra plus répéter la chose (C. civ., art. 1238, al. 2). Tant pis pour lui s'il en éprouve quelque dommage : c'est lui qui a créé la situation, il est juste qu'il en subisse les conséquences.

Cependant, il n'est pas juste que par la « consommation », par exemple par la vente de la chose à un prix supérieur au montant du paiement, le créancier s'enrichisse aux dépens du débiteur. Celui-ci aurait alors contre lui une action personnelle de *in rem verso* pour obtenir la restitution de ce gain indû.

II. — Suppression du titre de créance après paiement d'un non-débiteur.

Lorsqu'un créancier, ayant reçu de bonne foi le paiement de ce qui lui était dû, d'une personne qui n'était pas débitrice et qui a payé par erreur, a supprimé son titre de créance, il est à l'abri de toute action en répétition de la part du *solvens* (C. civ., art. 1377). La suppression du titre n'est qu'une suite logique du paiement; c'est à celui qui a indûment payé à subir les conséquences de son erreur. Au contraire, le créancier qui a reçu de bonne foi son dû ne doit pas pâtir de l'erreur de celui qui l'a payé; il ne saurait donc être tenu de restituer ce qu'il a reçu, lorsqu'il n'est plus possible de le replacer dans la situation où il se trouvait avant le paiement. En conséquence, à la suppression matérielle du titre doit être assimilée la disparition des droits conférés par le titre : mainlevée de l'hypothèque qui garantissait la créance, dessaisissement du gage dont elle était nantie, décharge de la caution, renonciation au bénéfice d'un transport, ou encore prescription de la créance (Caen, 20 mars, 1891, D. 1892. 2. 177, et note Lebreton; Larombière, *Traité des obligations*, t. V, p. 647; Aubry et Rau, 7, t. IV, § 442, p. 773 et n. 21; Arthaud, 6, p. 283).

§ IV. L'époux de bonne foi.

Selon une tradition qui nous vient du droit canonique et que tous les codes modernes ont recueillie (C. civ., art. 201 et 202; C. civ. italien, art. 116; C. civ. espagnol, art. 69; C. civ. portugais, art. 1091 et 1092; etc.), la bonne foi des époux ou de l'un d'eux empêche l'anéantissement rétroactif des effets du mariage qui vient à être annulé. Le ma-

riage, annulé pour l'avenir, est réputé simplement dissous pour le passé en ce qui concerne les enfants et l'époux de bonne foi : il vaut comme *putatif* à leur égard.

Une seule condition suffit aujourd'hui : la bonne foi de l'un au moins des conjoints. On n'exige plus, comme en droit canonique, une juste cause d'erreur et une célébration publique. La bonne foi consiste dans l'ignorance des vices qui rendent nul le mariage et la conviction sincère d'avoir rempli toutes les conditions nécessaires pour contracter un mariage valide. Elle doit être, ici tout particulièrement, appréciée *in concreto*.

La jurisprudence l'admet très largement. Elle l'admet notamment quand l'union a été célébrée par une personne sans pouvoir, soit par un officier d'état civil incompétent (Cass., 7 août 1883, S. 1884. 1. 5, et note Labbé; Cass. 30 juill. 1900, D. 1901. 1. 317, S. 1902. 1. 225, et note Wahl), ou même une personne n'ayant que l'apparence des fonctions d'officier d'état civil, comme un maire démissionnaire (Trib. Beaune, 7 mai 1897, *Pand. fr.*, 1898, 2. 79), soit encore par une personne que les époux ont pu croire qualifiée, comme un prêtre dans un pays où la loi vient de séculariser le mariage (Bordeaux, 5 févr. 1883, S. 1883. 2. 137; comp. Cass. civ. 5 janv. 1910, D. 1911, 1. 338). Le Code allemand (art. 1344) n'admet pas le mariage putatif, quand la nullité provient d'un vice de forme ou du défaut de déclaration du mariage sur le registre spécial. Au contraire, la jurisprudence italienne l'admet, quand l'un des conjoints a cru à la validité du mariage célébré dans la forme voulue par la loi, même si la forme adoptée a été choisie dans le but d'éviter les sanctions prohibitives de la loi que l'on aurait dû suivre (Cass. Naples, 25 avril 1892, *Giur. ital.*, 818). Elle l'a décidé, par exemple, pour une jeune fille de nationalité turque et de

religion catholique, qui avait épousé en Turquie un catholique napolitain dans la forme du Concile de Trente conformément au Code de 1819 alors en vigueur dans le royaume des Deux-Siciles, mais sans les formes complémentaires prescrites par le code civil pour les effets civils du mariage et qu'elle ignorait (Cass. Naples, 23 août 1893, *Giur. ital.* 1984, 68).

L'admission du mariage putatif a pour but d'éviter les inconvénients graves qu'aurait l'anéantissement rétroactif des effets du mariage annulé. Le fait du mariage ne saurait, en réalité, être détruit dans le passé par un jugement; il est opportun d'en respecter les conséquences juridiques; ne pas le reconnaître alors qu'il s'est accompli, ne ferait qu'augmenter sans raison la gravité du mal, malheureusement inévitable (Ruta, 105, p. 35). Il y a là une raison qui dépasse la simple protection de la bonne foi, et c'est ce qui explique la facilité avec laquelle est admis le mariage putatif. Cette facilité devrait, d'après la plupart des auteurs, être limitée aux cas de nullité, à l'exclusion des cas d'inexistence du mariage; mais la jurisprudence ne paraît guère s'embarrasser de cette distinction doctrinale. Il est vrai que la plupart des cas de mariage considérés généralement par la doctrine comme inexistant, peuvent mieux être considérés comme des cas de mariage nuls, si, avec d'importants auteurs contemporains (Planiol et Ripert, 97, t. II, *La famille*, 1926, p. 253; Piédelière, 94, p. 204 et s.), l'on restreint le domaine de la notion d'inexistence aux hypothèses dans lesquelles le mariage n'a même pas une apparence de validité, comme serait un prétendu mariage sans consentement réel ni célébration véritable : cas qui ne se présentent d'ailleurs pas en pratique.

L'on voit que la notion commune de l'excusabilité de

l'erreur subit une extension particulière dans la théorie du mariage putatif. C'est qu'en réalité le mariage putatif n'est pas seulement un effet de la bonne foi de l'époux, mais a surtout pour but la protection des enfants innocents, ainsi que celle des tiers de bonne foi.

Il serait donc logique d'en admettre le bénéfice en faveur des enfants dans tous les cas, par cela seul qu'ils sont nés sous l'apparence d'un mariage régulier; car il est juste que les enfants ne répondent pas de la faute des parents. C'est précisément ce qu'a décidé le Code fédéral suisse (art. 133) : « Les enfants issus d'un mariage déclaré nul sont légitimes, même si leurs père et mère n'étaient pas de bonne foi. Les droits et les obligations des parents et des enfants sont réglés comme en cas de divorce ». — En France, un pas a été fait en ce sens par la loi du 25 juin 1919 relative aux militaires et marins disparus pendant la durée des hostilités : elle dispose qu'au cas de réapparition du disparu, si le conjoint a contracté un nouveau mariage, « cette union sera réputée comme mariage putatif et les enfants considérés comme légitimes » (art. 10, § 3). Ce texte ne parle pas de la bonne foi : serait-ce qu'il la présume ? Il semble plutôt qu'il ne l'exige pas du tout (arg. des mots « sera réputée »), et qu'on peut admettre, avec les auteurs déjà cités (Planiol et Ripert, *loc. cit.* p. 252), la légitimité des enfants, même au cas de mauvaise foi des deux conjoints.

CHAPITRE IV

La validation des actes passés selon des apparences trompeuses

*Lorsqu'on ne sait pas la vérité d'une
chose, il est bon qu'il y ait une erreur
commune qui fixe l'esprit des hommes.*

PASCAL.

L'effet ultime de la bonne foi n'est pas seulement de limiter la portée d'une action en revendication ou en nullité en maintenant les effets passés d'une situation illégitime ou d'un acte irrégulier; il va jusqu'à couvrir pleinement le défaut de droit et valider définitivement l'acte ou la situation. Mais alors faut-il exciper d'une bonne foi parfaite, basée sur une erreur absolument excusable. Quant au titre, réel ou putatif, il ne peut en être question qu'en matière de possession; il est remplacé par une condition plus générale, celle de la fausse apparence, qui crée l'erreur commune et fonde l'excusabilité de la croyance.

§ I. — La fausse apparence et l'erreur commune.

Error communis facit jus.
Maxime romaine.

Faute de texte pour expliquer une telle efficacité de la bonne foi telle qu'elle valide la violation même du droit, on a fait appel à une vieille maxime : « L'erreur commune

crée le droit ». Cette maxime érigée en règle se rattache à la théorie de l'apparence, dont elle est, a-t-on dit (Mazeaud 79, p. 960), un des aspects les plus saisissants.

La complication toujours plus grande des rapports sociaux et juridiques fait qu'on peut de moins en moins aller au fond des choses et qu'on est de plus en plus obligé de se fier à l'apparence vraisemblable. C'est l'aspect sous lequel reparait, dans le droit moderne, l'ancienne importance de la forme. L'erreur qui se montre sous la forme trompeuse de la vérité, est traitée comme la vérité même : attitude qui serait paradoxale, si elle ne légitimait pas la protection des victimes de cette fausse situation. Au point de vue subjectif il n'y a pas loin de l'erreur excusable à la vérité. Il est à la fois utile et juste de poser, avec M. Demogue (41, p. 68), en principe : « Celui qui a traité avec une personne ayant toutes les apparences d'avoir un droit, ne doit pas être trompé. L'apparence raisonnable du droit doit, dans les rapports avec les tiers, produire le même effet que le droit lui-même. » Celui qui a agi avec prudence doit être protégé, même quand il s'est trompé, ou pour mieux dire, qu'il s'est laissé tromper.

M. Piédelièvre, dans son importante thèse, a montré avec pénétration que, par dérogation à la règle « Quod nullam est nullum producit effectum », « il faut dans une certaine mesure respecter l'acte nul s'il est à l'apparence régulier, et rassurer ceux qui sont excusables d'avoir fait foi à cette apparence » (94, p. 487). L'apparence de régularité que présente un acte ou une situation juridique, excuse la croyance erronée en son existence ou en sa légitimité, lorsqu'elle est assez forte pour qu'on puisse raisonnablement se tromper sur sa valeur véritable. Il faut un minimum d'apparence objective qui puisse expliquer l'erreur commise. Le minimum fait défaut dans les actes manifeste-

ment *inexistants* : la croyance en leur validité suppose une erreur grossière, il n'y a pas lieu d'en tenir compte. Le minimum d'apparence peut se rencontrer, au contraire, dans les divers actes *nuls* ou annulables, lorsqu'on a de sérieuses raisons de les croire réguliers. Il y en a aisément, par exemple, pour les tiers qui traitent avec une société apparente ou avec un héritier apparent, car ils ne sont généralement pas à même de vérifier la situation réelle. On ne pourrait exiger des précautions approfondies sans rendre les rapports d'affaires très difficiles et supprimer la sécurité et la confiance dont ils ont besoin. « Il suffit que l'acte (ou la situation, présente extérieurement un caractère suffisant de régularité, de telle sorte qu'un individu d'intelligence moyenne et soucieux du bon état de ses propres affaires puisse raisonnablement s'y tromper. » (Piédelièvre, 94, p. 490). Les apparences de régularité se manifestent, soit par le seul fait de la passation de l'acte (*apparence-acte*), soit par les fait d'exécution, tels que la possession publique (*apparence-exécution*) (*op. cit.*, p. 492 et s.).

La fausse apparence produit l'*erreur commune*, une « sorte de bonne foi collective » (Demogue, 40. t. I, n. 218); et l'erreur commune sert à excuser la croyance de celui qui invoque sa bonne foi comme moyen de défense pour conserver une situation acquise. C'est l'élément externe et objectif sur lequel s'appuie la bonne foi comme sur un juste titre. En ce sens, on dit que l'erreur commune crée le droit.

L'ancienne maxime *Error communis facit jus*, sur laquelle on s'appuie¹ faute de texte, n'est consacrée expressément

1. Elle a fait l'objet de vives controverses entre les auteurs italiens, les uns la défendant (Landucci, *Diritto civile*, t. I, p. 624), les autres la rejetant (Coviello, *Diritto civile*, t. I, p. 326; Gabba, *Nuove questioni di diritto civile*, t. I, p. 22; Lomanoco, *Obbligazioni*, t. III, p. 93 et s.; Fubini, *Dottrina dell' errore*, n° 221-222, p. 280). La jurisprudence italienne paraît l'admettre. (Cass. Turin, 5 avril 1867, *Giur. Tor.*, t. IV, p. 347.

par aucune législation. Les législateurs ne se soucient pas de reconnaître une règle qui contient une dérogation générale à la force des lois et constitue, comme l'a dit la jurisprudence italienne, un « jus singulare » (Cour de Turin, 21 avril 1807, *D. Rép. méth.*, v^o Obligations, n.3059). Le principe en remonte au droit romain, spécialement à la loi *Barbarius Philippus*, relative à l'histoire d'un esclave qui se faisait passer pour citoyen romain et avait réussi à se faire élire préteur (Ulpian, *D.*, I, 14, *De officio prætorum*, 3). Mais l'adage n'a été formulé que par les glossateurs. Il a été adopté ensuite par la jurisprudence de nos Parlements (Mazeaud, 79, p. 933). Il a été consacré par l'avis du Conseil d'Etat du 2 juillet 1807 ayant force de loi en vertu de la Constitution de l'an VIII et intervenu au sujet des secrétaires de mairie qui avaient délivré, comme dans l'ancien régime, des extraits authentiques : « Considérant que, de tout temps et dans toutes les législations, l'erreur commune et la bonne foi ont suffi pour couvrir dans les actes et même dans les jugements des irrégularités que les parties n'avaient pu ni prévoir ni empêcher. (Duvergier, *Lois et décrets*, t. XVI, p. 153).

Continuant cette jurisprudence, nos tribunaux n'ont cessé d'étendre les applications de la maxime (Cass. 12 déc. 1882, S. 1883. 1. 459), la considérant comme ayant été « toujours observée en France comme une loi » (Pau, 27 août 1835, S. 1839. 1. 654), ou « appartenant à ce dépôt de maximes qui, suivant l'expression du législateur, a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation » (Paris, 16 janv. 1874, S. 1874. 2. 137). À l'appui, les arrêts invoquent de « graves raisons d'ordre public et d'intérêt général » (Cass. Civ., 26 janv. 1897, D. 1900. 1. 33; Paris, 12 juill. 1095, *Gaz. Pal.*, 1905, 2. 158) : notions vagues, qui se rattachent à ce

que les auteurs appellent la « sécurité dynamique » (Demogue, 40, t. I, p. 457; 41, p. 69, etc.) ou la « sécurité sociale » (Mazeaud, 79, p. 931). C'est le même esprit qui anime la jurisprudence en matière de responsabilité, lorsqu'elle s'en tient à la notion de faute et se refuse à déclarer responsable celui qui a agi sagement et prudemment.

Avec raison, la jurisprudence est très sévère dans l'appréciation de l'erreur commune. Il n'est plus question que celle-ci ait pour cause, comme l'exigeaient les premiers commentateurs du Code, un acte de l'autorité compétente formant « titre coloré »; elle peut résulter de circonstances étrangères à tout acte de l'autorité. Mais il ne suffit pas de l'excusabilité ordinaire; il faut que l'erreur ait été nécessaire, *inévitable* (Cass. Req., 4 fév. 1850, 1. 180; Cass. 3 juill. 1877, D, 1877. 1. 430), moralement impossible à éviter (Trib. Seine, 10 juin 1905, *Gaz. Pal.* 1905. 2. 119). — Dans cette recherche, on tient compte des usages courants et surtout des mesures de publicité qui ont entouré l'erreur. Les tiers ont pu légitimement s'en tenir aux déclarations contenues dans la publicité. Par contre, ils ne sont pas en droit d'ignorer ce qui a été publié : ainsi, l'erreur sur la capacité d'un failli est rarement admise, parce que la faillite est portée à la connaissance de tous (Rouen, 12 mai 1839. S. 1839. 2. 346).

Cependant, dans leur appréciation souveraine du caractère d'invincibilité, les tribunaux, on le comprendra aisément, apportent quelques divergences sur le degré de prudence exigée. Les uns s'attachent à un critérium plutôt objectif et se demandent si les faits étaient de nature à induire par eux-mêmes en erreur (Paris, 25 janv. 1906, *Gaz. Pal.* 14 mars 1906); les autres s'attachent à un critérium plutôt subjectif et se demandent si la perspicacité et la prudence pouvaient se défendre contre l'erreur, soit en prenant ces

qualités *in abstracto*, par rapport à la moyenne des hommes (« la prudence humaine » : Cass. 3 juill. 1877, D. 1877. 1. 430; Paris, 13 juill. 1095, *Gaz. Pal.* 1909. 2. 158), soit en les prenant *in concreto*, par rapport à la personne intéressée. Ce dernier mode d'appréciation peut présenter des difficultés d'application, mais seul il correspond à la réalité psychologique en même temps qu'à l'équité.

En réalité, l'erreur commune ne sert qu'à faire présumer l'invincibilité de l'erreur invoquée. L'intéressé qui prouve que son erreur se trouvait communément partagée, est dispensé de rapporter la preuve beaucoup plus difficile de son invincibilité. (Loniewski, 76, p. 135). Le fait que son erreur était déjà partagée par beaucoup constitue, en effet, une des excuses les plus puissantes qu'une personne puisse invoquer.

L'erreur *de droit* ne fait-elle pas exception? La question a une importance qui, avec la multiplicité et la complication croissante des lois, ne peut aller qu'en augmentant. Elle est très débattue, et la jurisprudence paraît éviter de la résoudre (Loniewski, 76, p. 157). L'erreur commune de droit consiste dans l'habitude générale d'une fausse interprétation ou de la non-application d'une loi (*D. Rép. méth.*, v^o Loi, n^o 127), et cette habitude constitue un usage de droit ou une *coutume*, dont un élément essentiel est la croyance en son autorité, l'« *opinio necessitatis* » dont parle M. Gén^y (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1900, n^o 110 et s.). Or, la coutume, qui a été la source unique du droit, en est restée une source non négligeable, réellement complémentaire de la loi : comme le dit M. Gén^y (*op. cit.*, n^o 116), « la sécurité indispensable aux intérêts privés exige qu'une règle accréditée par un long usage avec le caractère d'obligation juridique s'impose à l'égal d'une loi de façon à guider

sans hésitation l'activité de tous. » Quelque paradoxal que cela puisse paraître au premier abord, on peut donc dire que, par l'effet de la bonne foi basée sur la nécessité, l'erreur sur le droit parvient à créer le droit; il suffit de bien comprendre que l'efficacité juridique réside dans la bonne foi, non dans l'erreur.

On objecte la règle « *Nemo legem ignorare censetur* ». Mais cette règle, qui n'a eu pour but que de parer à la négligence et au mauvais vouloir possible des citoyens, suppose que la loi a pu être connue, et elle doit cesser de recevoir application aux cas où l'ignorance de la loi était nécessaire (Planiol, 95, t. I, p. 95). Nécessité fait loi. Mais l'exception d'ignorance de la loi ne peut, sans danger, être admise qu'avec une grande réserve.

L'erreur commune de droit n'est guère admise que lorsqu'elle a sa source dans une fausse interprétation de texte par la jurisprudence. C'est ce qui est arrivé pour les partages effectués selon une interprétation erronée de la loi du 17 nivôse an II sur les successions (Cass., 13 germinal an XII, *D. Rép. méth.*, v^o Lois, n^o 533), et, avec moins de netteté, en matière d'accidents du travail (Aix, 8 avril 1908, *D.* 1909. 2. 366). On doit tenir pour vérité les décisions de justice. Encore faut-il, pour constituer l'*error communis*, une jurisprudence bien établie et, autant que possible, admise par la Cour suprême. Il faut même se livrer à un examen critique des arrêts, se demander s'ils ne sont réellement pas en contradiction avec la loi; car, dans ce cas, on doit prévoir une revirement dans la jurisprudence. (Mazeaud, 79, p. 947).

C'est ainsi que la Cour de Cassation (25 janv. 1841, *S.* 1841. 1. 105; 16 nov. 1841, *S.* 1842. 1. 128) a annulé les actes passés en présence d'un seul notaire, alors que plusieurs arrêts les avaient validés : la disposition de la loi du 25 ventôse an XI,

art. 9 (aujourd'hui modifiée par la loi du 21 juin 1843), qui exigeait que les actes notariés soient reçus par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins instrumentaires, était trop formelle pour qu'il soit permis d'y déroger.

§ II. La validation des actes passés dans des conditions crues régulières.

*Le sentiment est tout, le nom n'est que
bruit et fumée.*

GOETHE.

C'est pour tempérer les effets trop stricts et trop brutaux des nullités de forme sur les actes créant des situations permanentes, quand le résultat serait en disproportion avec le but de la sanction édictée, que la règle *Error communis facit jus* a été tout d'abord invoquée et le plus aisément appliquée. L'application des principes ordinaires amènerait des perturbations choquantes.

I. — Actes passés devant un officier public inapte ou un agent public irrégulièrement investi.

Un officier public, par exemple un notaire, a exercé ses fonctions sans réunir toutes les conditions d'âge, de nationalité, etc., requises par la loi : les actes par lui passés n'en vaudront pas moins comme authentiques, en considération de l'erreur commune et de la bonne foi des intéressés. Ceux qui ont eu affaire à un officier public paraissant régulièrement investi des fonctions qu'il exerçait, ne pouvaient connaître le vice du titre officiel d'investiture ; ils étaient en droit d'avoir confiance en l'autorité publique, et ils ne pouvait supposer qu'elle avait nommé un inapte.

Il en est de même des actes d'un officier public tel qu'un notaire, suspendu ou destitué de ses fonctions. Cependant,

l'erreur commune doit être ici plus difficilement admise, en raison de la publicité plus ou moins grande de la mesure qui a frappé l'officier (Cour de Turin, 21 avril 1807, affaire Marengo, citée par Valabrègue, 123, p. 48).

On admet aujourd'hui, en droit administratif, la validité des actes des *fonctionnaires de fait*. Les actes juridiques qui se présentent extérieurement comme émanant d'agents réguliers, doivent produire vis-à-vis des tiers et du public les effets juridiques des actes d'agents véritablement réguliers (Jèze, 62, p. 445 et s.; Th. Rousseau, p. 90 et s.). Depuis longtemps, le principe était incontesté dans le *commun law* anglo-américain, où les fonctionnaires *de facto* s'opposent aux fonctionnaires *de jure* (Goodnow, *Les principes du droit administratif des Etats-Unis*, éd. française, p. 287.) On ne saurait demander aux tiers qui traitent avec un agent public ayant toutes les apparences d'un agent régulièrement investi, qu'ils exigent de lui la justification de la parfaite régularité de son investiture. Et l'intérêt public s'ajoute à l'intérêt légitime des tiers de bonne foi : il n'y aurait pas de service public possible, si, avant d'obéir aux autorités publiques, les particuliers pouvaient exiger autre chose que les apparences de la régularité. Il suffit que l'investiture soit plausible, et elle l'est lorsque la fonction est occupée publiquement et paisiblement (Jèze, 62, p. 457).

En période normale, les cas d'usurpation de fonction sont rares. Ils se rencontrent en matière de recouvrement de deniers publics. Les règlements de la comptabilité et la jurisprudence sont d'accord pour déclarer libératoires les paiements effectués par des débiteurs du Trésor entre les mains d'agents publics non régulièrement investis, ou même d'individus non agents publics, toutes les fois que les redevables ont pu raisonnablement croire ces individus capables

de recevoir pour le compte du Trésor. Il en est ainsi notamment au cas où ceux-ci exerçaient publiquement au siège normal de la caisse, munis des titres et registres habituels, ou encore au cas où ils continuaient à exercer quoique privés, par une révocation ou suspension, de tout titre légal, alors que la cessation de service n'avait pas été entourée d'une publicité suffisante (Jèze, 62, p. 477).

En matière de délégations irrégulières, on cite l'affaire des mariages de Montrouge. Un conseiller municipal à qui le maire de Montrouge avait délégué ses fonctions sans suivre l'ordre du tableau, avait célébré un certain nombre de mariages. Plusieurs de ces mariages ayant été déclarés nuls (Trib. Seine, 23 fév. 1883, S. 1883. 2. 49), la Cour de Cassation les a reconnus valables (Cass. civ. 7 août 1883, D. 1884. 1. 5). Bien que cette décision ne fût pas appuyée sur l'erreur commune, elle s'y rattachait incontestablement (Jèze, 62, p. 175; Algier, 3, p. 50).

Dans le même ordre d'idées, la Cour d'Alger (22 févr. 1858, S. 1859, 3. 68) a validé un testament reçu par le secrétaire du commissaire civil à Orléansville : « Considérant qu'il est de principe constant dans notre droit nouveau, comme dans notre droit ancien, que la capacité putative, fondée sur une erreur commune, supplée la capacité réelle; considérant enfin que... les testaments reçus par les secrétaires civils seraient protégés par l'erreur commune produisant aujourd'hui, comme à toute époque, les mêmes effets que la loi ».

Les cas d'usurpations de fonctions sont plus fréquents en temps de crise politique ou sociale, guerre civile, révolution, émeute, etc. On admet qu'en raison de la gravité des circonstances, le caractère plausible de l'investiture peut découler uniquement de l'exercice public, paisible et non contesté de la fonction. Il en a été ainsi pour des mariages

célébrés par deux individus se disant membres de la Commune à Marseille, pendant l'insurrection des 31 octobre et 1 novembre 1870 (Loi 6 janv. 1872, art. 1^{er}). De même, pour les actes de l'état civil reçus en 1871 par les préposés de la Commune à Paris et dans les communes du département de la Seine, l'Assemblée nationale s'est refusée à les déclarer nuls vis-à-vis des tiers, sans distinguer entre l'investiture plausible et l'absence d'investiture (Jèze, 62, p. 501). — Auparavant, la Cour de Bastia (21 janv. 1846, S. 1846. 2. 143) avait validé un mariage passé devant un curé au cours d'une insurrection, en l'absence de tout officier de l'état civil, dans une commune occupée par les insurgés. Il y a des cas où il est pratiquement impossible de s'adresser à une autre personne qu'à l'autorité de fait.

II. — Actes passés devant des témoins incapables.

La notion de capacité *putative* des témoins instrumentaires est traditionnelle (*D. Rép. méth.*, v^o Dispositions entre vifs et testamentaires, n^o 3211; *Algiu*, 2, p. 52 et s.). Il est souvent impossible de contrôler les affirmations des témoins, spécialement lorsqu'on les appelle d'urgence pour un testament, et il serait très grave que la moindre erreur ou tromperie de l'un d'eux pût entraîner la nullité de l'acte, nullité qui, pour les testaments, serait irréparable. Mais il faut que l'erreur s'appuie sur une série d'actes formant pour le témoin une possession paisible et publique de l'état qu'elle suppose. Tel est le cas d'un étranger qui, établi depuis de longues années en France, y a toujours passé pour Français, a participé aux avantages et aux charges attachés à cette

qualité¹. De nombreux arrêts ont ainsi validé des actes dans lesquels des témoins étaient incapables à raison de leur nationalité ou de la privation de leurs droits civils ou politiques².

Lorsque l'incapacité du témoin tient à d'autres causes, telles que l'âge, la parenté ou l'alliance, l'erreur est plus difficile à admettre, mais elle n'est pas impossible³. « Attendu, dit la Cour d'Aix (arrêt cité en note), que vainement on voudrait, pour l'application du principe de l'erreur commune, faire des distinctions sur la nature des incapacités des témoins; qu'en admettant, pour certains cas, ce principe exceptionnel, protecteur de la bonne foi, par des raisons dont la puissance a été reconnue dans tous les temps, et surtout par celle bien légitime d'une grave perturbation d'intérêts majeurs et nombreux, on est obligé de l'admettre dans tous les cas où les mêmes raisons se produisent ».

III. — Actes passés avec une société irrégulièrement constituée.

Une jurisprudence très abondante sur les *sociétés de fait*⁴, qu'à première vue il est difficile de rattacher à des principes

1. Cass., 18 janv. 1831, *S. chr.* XXIII, 1751; Cass., 6 mai 1874, *S. et P.* 1874, 1208.

2. Pour les témoins testamentaires : Cass., 28 fév. 1821 (*S. et P. chr.*, t. XVI, p. 413); 6 mai 1874 (*S. et P.* 1874, 1288); 1^{er} juill. 1874 (*S. et P.* 1875, 616). Pour les témoins en matière de donation : Cass., 12 déc. 1882 (*S. et P.* 1883, 1153); Douai, 13 août 1884 (*S. et P.* 1884, 1010).

3. Pour l'incapacité résultant de l'âge : Aix, 30 juil. 1838 (*S. et P.* 1839, 1. 367). Pour celle résultant de la parenté ou alliance; Req. 31 juil. 1834 (*D. Rép. méth.*, v^o Donations entre vifs et testaments, n^o 3194); cf. *a contrario* Cass., 18 juin 1866 (*S. et P.* 1866, 1050).

4. H. Loubers, *Essai d'une théorie générale des sociétés de fait* (qui l'explique par la réalité de la personne morale). Thèse, Paris, 1908. — Delucenay, *Des sociétés de fait*, thèse, Dijon, 1910. — Hémard, *Des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, p. 383 et s. — Manara, *A propos des sociétés commerciales irrégulières*, *Annales de droit commercial*, 1912, p. 339. — Cass. civ. 15 juin 1910, *D.* 1913, I, 35, et les renvois. — Cf. Bonelli, *Sulla teorica delle società irregolari*, *Rivista di diritto commerciale*, 1906, p. 9 et 112.

de droit, s'explique très bien par le principe de l'erreur commune. Lorsqu'une société s'est constituée irrégulièrement et que les tiers qui traitent avec les gérants ignorent la cause de nullité, ils bénéficient du droit de poursuivre les biens mis en société dans les mêmes conditions que si la société était valable. De même, les associés de bonne foi bénéficient entre eux du droit de liquider la société d'après le pacte social (Demogue, 40, p. 464).

Cependant, la société ne peut plus subsister dans l'avenir. Il n'y aurait plus de raison qu'il en soit encore ainsi, à partir du moment où l'irrégularité est découverte et où la bonne foi doit cesser; autrement, on arriverait à abroger les textes établissant des nullités. La société est donc seulement respectée dans le passé. En général, l'erreur ne peut donner de droit pour l'avenir.

IV. — Actes passés avec un représentant permanent irrégulièrement nommé ou autorisé.

Quand un représentant permanent a accompli des actes qu'il paraissait avoir le droit de faire, il est admis que ces actes sont valables, à cause de l'erreur commune.

Il en est ainsi pour les organes de personnes morales irrégulièrement désignés : *gérants*, administrateurs délégués ou présidents proclamés sans les conditions exigées, par exemple élus sans avoir obtenu la majorité des voix ou par une assemblée d'actionnaires convoquée ou tenue irrégulièrement. (Demogue, 40, t. I, p. 462).

Il en est de même pour les représentants des incapables : *tuteur* nommé par un conseil de famille dont la délibération était nulle (Colmar, 27 avr. 1813, P. chr., t. XI, p. 323; ass., 14 oct. 1876, S. 1876, I. 415), ou autorisé par une délibération

irrégulière (Cas., 3 avr. 1838, P. 1838. 1. 451; Douai, 1^e août 1838. S. 1840. 2. 21; Nîmes, 12 mai 1838, P. 1838. 2. 430), ou nommé malgré un cas d'exclusion qu'on ignorait (Aubry et Rau, 5, t. 1, p. 470, n. 12), ou encore destitué de ses fonctions sans qu'on pût s'en douter (*op. cit.*, p. 477, n. 12; Colmar, 25 juill. 1812, P. chr.); *syndic* irrégulièrement nommé (Cass. 25 mars 1823, P. chr., t. XVII, p. 994), etc. Le fait qu'un incapable ou une personne morale est représenté d'une façon permanente par une personne, crée une situation apparente dont il est juste de faire bénéficier les tiers de bonne foi.

V. — Actes passés avec un incapable irrégulièrement habilité.

« Lorsque, disait Pothier (*Traité de la puissance du mari*, 2^e partie, n^o 28), le public a eu un juste sujet de croire qu'une personne a un état que, dans la vérité, elle n'a pas, l'intérêt du commerce de la société civile exige que cette personne puisse faire valablement les mêmes actes qu'elle ferait, si elle avait véritablement cet état : autrement l'erreur dans laquelle est le public sur l'état de cette personne, troublerait le commerce et serait préjudiciable à toutes les personnes qui auraient affaire à elle. »

La femme mariée qui ne s'est pas contentée d'affirmer faussement sa capacité, mais qui, par sa manière de vivre ou ses agissements, s'est créé, dolosivement ou non, une situation apparente de capacité, de nature à faire croire qu'elle était fille, veuve ou divorcée, ou mariée sous un régime matrimonial lui laissant l'administration de ses biens, n'est pas fondée à se prévaloir du défaut d'autorisation maritale et

à exercer l'action en nullité contre les tiers de bonne foi (Cass. Req., 28 mars 1888, D. 1888. 1. 361; cf. Req., 8 nov. 1905, S. 1907. 1. 145, et note Hémard). Le mari ne le peut, non plus, lorsqu'il a prêté la main à la création de cette apparence et a contribué à induire le public en erreur. La jurisprudence a appliqué cette règle notamment au cas de mariage tenu secret par les deux conjoints (Cass. Req., 30 août 1808, *P. chr.*, t. VIII, p. 120; Agen, 8 nov. 1832, S. 1832 2.563), ou au cas de femme se faisant passer pour veuve (Cass. Req., 15 juin 1824, *P. chr.*, t. XVIII, p. 799), ou pour fille (Cass. Req., 8 nov. 1905, S. 1907. 1. 145, et note Hémard). Dans cette dernière affaire, relative à une dame séparée de fait et connue sous son nom de fille, l'action en nullité formée par le mari sur les opérations de bourse effectuées par sa femme, a été repoussée en raison de son inaction et de son indifférence prolongée vis-à-vis d'elle : la Cour a considéré cette attitude comme équivalant à une autorisation tacite à la femme de disposer de ses ressources; elle n'a pas invoqué la règle de l'erreur commune, qui cependant était bien applicable (Algiu, 3, p. 64-65.)

La capacité putative est moins facilement admise pour les *mineurs* et les *interdits* ou les individus pourvus d'un conseil judiciaire; elle ne doit l'être qu'avec beaucoup de discernement. En effet, la minorité est approximativement indiquée par l'aspect physique, et le jugement d'interdiction reçoit une publicité, à vrai dire bien illusoire, mais suffisante, en principe, pour que les intéressés soient mal venus à invoquer leur ignorance invincible. Aussi ne rencontre-t-on pas ici de décisions judiciaires en faveur des tiers de bonne foi (Algiu, 3, p. 66). Il n'en est pas moins vrai que le défaut de publicité sérieuse des incapacités, qui d'ailleurs n'est pas particulier à notre législation, est une porte ouverte aux erreurs des tiers.

Des codes récents se sont occupés de sauvegarder les intérêts des tiers de bonne foi, en organisant une certaine publicité des conventions matrimoniales qui aggravent l'incapacité de la femme, spécialement au moyen de la transcription sur un registre spécial des clauses dérogeant à la communauté, à défaut de quoi elles ne sont pas opposables aux tiers de bonne foi : ainsi le C. civ. belge révisé (art. 1599 et 600). Dans les législations ayant organisé la publicité foncière par inscription au livre foncier, les incapacités relatives à la transmission des droits réels immobiliers y sont soumises (B. G. B., art. 892 ; loi danoise n° 111 du 31 mars 1926 ; etc.). En outre, des registres spéciaux révèlent les incapacités comme celles de la femme mariée (B. G. B., art. 1395, 1403, etc.), de l'interdit (loi danoise précitée, art. 48), etc.

En droit allemand, la personne qui a contracté avec un incapable peut mettre le représentant légal de ce dernier en demeure de se prononcer dans un certain délai sur la validité du contrat, et si elle est de bonne foi, elle a en outre le droit de se désister du contrat (B. G. B., art. 1390 et 1397). La personne qui a contracté avec une femme en ignorant sa qualité d'épouse, a non seulement ce droit de désistement, mais encore la faculté, si elle le préfère, de conserver le bénéfice de l'acte juridique, en vertu de l'art. 1404 ainsi conçu : « Les restrictions auxquelles la femme est soumise par les art. 1395 et 1403 ne sont opposables à un tiers que quand il a su que la femme était mariée. » — Le droit danois ne va pas aussi loin ; le contrat vicié pour incapacité (minorité, faiblesse d'esprit, maladie mentale, etc.) n'est pas obligatoire ; mais la partie de bonne foi peut obtenir une juste réparation du préjudice qui en résulte pour elle (loi 30 juin 1922, art. 65). — Par ces diverses mesures, le profit de la nullité pour incapacité se trouve plus ou moins renversé

en faveur du contractant de bonne foi, au lieu d'être réservé à l'incapable.

Le principe de l'erreur commune pourrait être utilement étendu à d'autres cas, tels que celui de la faillite, bien que le *failli* ne soit pas, à proprement parler, un incapable. Cependant, la jurisprudence, jusqu'à présent, refuse de l'appliquer aux aliénations consenties par le failli à un acquéreur de bonne foi postérieurement au jugement de clôture pour insuffisance d'actif (Cass., 5 nov. 1879, D. 1880. 1. 5; 26 oct. 1885, D. 1886. 1. 151; 31 mai 1897. 1. 382; Lyon, 25 mars 1905, D. 1908. 2. 57, et note Percerou). L'acquéreur peut, cependant, être dans l'impossibilité de connaître ce jugement, pour lequel notre loi n'a organisé aucune publicité. Aussi les législations étrangères qui sont plus favorables que la nôtre aux mesures de publicité, comme les législations allemande (loi 21 juill. 1879), autrichienne (loi 16 mars 1884), suisse (loi fédérale 11 avril 1889) et danoise (loi 25 mars 1872), ont-elles organisé une publication destinée à rendre efficace la faillite à l'encontre des tiers de bonne foi.

§ III. — La validation des actes passés avec un titulaire apparent de droit

*Non est regula jus sumatur, sed ex
jure, quod est, regula fiat.*

Maxime romaine.

Ici, l'efficacité de la bonne foi présente une gravité particulière, en ce qu'elle ne s'opère qu'au détriment du véritable titulaire du droit. La question se présente sous la forme d'un conflit de droits entre le véritable titulaire et le tiers de bonne foi, ayant cause du titulaire apparent : l'un d'eux doit nécessairement être sacrifié. Dans la

balance entre les divers intérêts légitimes en cause, il est juste de préférer celui qui est exempt de toute faute, mais encore faut-il respecter les droits acquis. Quand aucune faute n'est relevée de part ni d'autre, la question est particulièrement épineuse; à défaut de texte, la jurisprudence hésite; cependant, dans l'incertitude, on penche généralement plutôt vers l'ancien titulaire.

I. — Paiement à un créancier apparent.

Un paiement fait à une personne autre que le créancier ou son représentant, n'en est pas moins valable, s'il a été effectué de bonne foi au possesseur de la créance, lors même que le créancier ne l'a pas ratifié, ni en a profité (C. civ., art. 1240; de même, C. civ. italien, art. 1242; C. civ. espagnol, art. 1164; C. civ. japonais, art. 478; C. civ. roumain, art. 1097; etc.). Le créancier n'a qu'un droit, c'est de s'adresser à l'*accipiens* pour se faire restituer ce que celui-ci a illégitimement touché. Le débiteur est irréprochable d'avoir payé une personne qui représentait la créance et pouvait exiger le paiement; il ne faut pas oublier que le paiement est un acte nécessaire. Le créancier, au contraire, n'est généralement pas exempt de reproche : c'est en négligeant d'exercer son droit qu'il a dû laisser se produire cette situation, qui serait un piège pour le débiteur si l'on ne lui venait en aide.

Le possesseur de la créance n'est pas seulement celui qui détient le titre constatant la créance, mais toute personne qui joue le rôle de créancier et montre, en quelque sorte, « la possession d'état de créancier » (Arthaud, 6, p. 272) : héritier apparent du créancier décédé, qui plus tard est exclu par un héritier plus proche ou dont le titre, un testament, vient à être annulé ou révoqué; cessionnaire de la créance, dont le titre vient

à être annulé, rescindé ou résolu, etc. Cependant, pour les titres au porteur, la créance se matérialise avec le titre qui la constate : le débiteur doit pouvoir se fier au titre qui lui est présenté. Le C. civ. japonais (art. 470) spécifie : « Le débiteur d'une créance à ordre a le droit, *sans y être obligé*, de vérifier l'identité du porteur du titre et de l'authenticité de sa signature ou de son cachet. Toutefois, s'il y a eu de sa part mauvaise foi ou faute grave, le paiement par lui fait sera nul. »

A cette idée se rattache notre intéressante et traditionnelle jurisprudence de l'inopposabilité des exceptions au tiers porteur de bonne foi. Lorsqu'une lettre de change ou, d'une façon générale, un titre à ordre ou au porteur a été négocié, transmis ou endossé, les vices susceptibles d'entraîner la nullité du droit des souscripteurs ou des précédents porteurs du titre ne peuvent être opposés au porteur de bonne foi¹. « Le porteur de bonne foi d'une obligation au porteur, dit la Cour de Cassation, est investi d'un droit qui lui est propre, et n'est possible que des exceptions qui lui sont personnelles ou qui résultent de la teneur du titre » (Req., 27 mai 1913, cité en note).

Comme le fait remarquer l'annotateur, cette formule est d'une généralité excessive, si du moins l'on admet avec lui, ce qui est discutable, que le porteur peut se voir opposer les exceptions tirées de l'incapacité du débiteur ou de son défaut de consentement pour cause de violence (non pour cause de dol), ou encore de l'absence de pouvoir de l'émetteur

1. Cass. 9 nov. 1896. S. 1897. 1. 161 et note Tissier, *Pand. pér.* 1897. 1. 401; Lyon. 30 mars 1897. S. 1897. 2. 161; Paris, 6 mars 1903. D. 1904. 2. 205; Cass. 31 oct. 1906. S. 1908. 1. 305. et note Lyon Caen; Cass. 18 janv. 1911. S. 1911. 1. 320; Req. 27 mai 1913. S. 1916. 1. 153. et note Naquet. — Grémieu, 35. p. 44-45; Lyon Caen et Renault. *Traité de droit commercial*, 4^e éd. t. IV. n° 130 et 130bis.

du titre. Mais la formule est très exacte pour les autres exceptions, notamment celles qui résultent de la teneur du titre : si les formes nécessaires font défaut, l'inspection du titre suffit à en faire apparaître l'irrégularité, et le bénéficiaire ne peut invoquer une erreur qu'un peu d'attention eût suffi à éviter. En dehors de ces cas, la responsabilité des vices du titre incombe au souscripteur : il a trompé la confiance du public, en mettant le titre en circulation dans cet état. Au contraire, le tiers porteur qui n'a pu connaître les vices d'un titre apparemment régulier, ne doit pas être la victime de cette fausse apparence. La liberté et la rapidité de la circulation des titres au porteur ne permet pas d'exiger des porteurs une vérification approfondie de leur origine et des relations qui ont pu exister entre le tiré et les cessionnaires antérieurs. Aussi est-on très large dans l'appréciation de la bonne foi des porteurs, en excusant même des imprudences plus ou moins graves de leur part (Cass. Civ. 19 mars 1902, D. 1903. 1. 148).

D'autres questions se posent au cas de cession de créance. — 1. Paiement fait à un cessionnaire dont le titre est reconnu faux. — Si l'erreur du débiteur sur la validité apparente de l'acte de cession n'a fait que suivre celle du créancier, elle est bien excusable, et le paiement est valable (Arthaud, 6, p. 276). Il suffit, pour l'application de l'art. 1240, que le paiement ait été fait de bonne foi au possesseur de la créance; point n'est besoin d'un juste titre.

La situation est différente lorsque le faux cessionnaire s'est présenté comme cessionnaire au débiteur seul et à l'insu du créancier. Le créancier est absolument étranger à l'erreur, et le débiteur n'avait qu'à se renseigner auprès du créancier : il a été imprudent de payer il doit en supporter les risques.

2. Paiement fait à un créancier qui a cédé sa créance sans signification.—Le paiement n'est valable que si le débiteur cédé n'a pas eu connaissance en fait de la cession. Mais si le cessionnaire lui en a fait part, le débiteur cédé ne peut plus se libérer de bonne foi et valablement entre les mains du cédant au mépris de la cession¹. « Ce serait, disent très bien MM. Aubry et Rau (7, t. IV, § 359 bis, p. 428, note), méconnaître l'esprit de la disposition de l'art. 1690, dont l'unique but est de garantir les intérêts légitimes des tiers, que de l'appliquer d'une manière tellement absolue qu'elle pût avoir pour résultat de couvrir des actes entachés de mauvaise foi ou d'une grave imprudence. » Toutefois, une simple connaissance indirecte que le débiteur aurait acquise du transport, ne doit pas nécessairement le faire considérer comme de mauvaise foi, car il a pu, par exemple, avoir des raisons de croire que le transport n'était pas sincère (*loc. cit.*). — Le C. civ. monténégrin (art. 604) a réglé raisonnablement en le même sens la question qui nous occupe : « Dès que le débiteur a été averti du transport, il ne peut plus payer entre les mains du tribunal et par ce moyen se libérer entièrement. »

A la protection du débiteur qui s'acquitte de bonne foi on peut encore rattacher la disposition particulière de notre droit en vertu de laquelle le *solvens* seul qui a eu une juste cause d'ignorer la créance de nature à compenser sa dette, peut se prévaloir, au préjudice des tiers, des privilèges ou

1. La question est controversée. Mais la jurisprudence paraît s'établir en ce sens (Cass. Req., 17 fév. 1874. S. 1875. 1. 399. D. 1875. 1. 1019, D. 1874. 1. 281; Req., 6 fév. 1878. S. 1878. 1. 168. P. 1878. 1. 407. D. 1878. 1. 275; Orléans, 4 déc. 1886. S. 1888. 2. 154). Cette jurisprudence se rattache à celle déjà examinée plus haut, d'après laquelle le second cessionnaire ne peut se prévaloir de la préférence attachée à son antériorité de signification, quand la cession ne lui a pas été faite de bonne foi (Civ., 4 janv. 1848. D. 1848. 1. 60). — Nous savons que le droit allemand est tout à fait en ce sens (B. G. B., art. 407).

des hypothèques attachés à sa créance (C. civ., art. 1299). Le bénéfice de cette disposition, qui déroge à l'effet automatique de la compensation et peut se trouver très dure pour les tiers détenteurs comptant sur cette compensation, ne doit être admis que lorsque, pour ignorer sa créance, le *solvens* a été trompé par des circonstances exceptionnelles (Millet, **83**, p. 285).

II. Actes passés avec un mandataire apparent.

La protection des tiers de bonne foi veut que les actes par eux passés avec un mandataire apparent soient valables à leur égard. La question présente un gros intérêt pratique, notamment en matière de sociétés.

Ici, trois personnes sont en présence et, par hypothèse, en conflit d'intérêts : le mandant, le mandataire et le tiers traitant avec ce dernier. La question de savoir laquelle des trois doit supporter les conséquences de l'acte passé sans droit par le mandataire apparent se résout aisément selon les principes de droit commun de la responsabilité, lorsqu'une faute est relevée, à cet égard, contre l'une d'elles. Faute du mandant, lorsqu'il a contribué à faire naître l'apparence trompeuse, ou n'a pas protesté contre la fausse qualité de mandataire prise à sa connaissance par un de ses agents (Cass. Crim., 3 mars 1923, *Gaz. Pal.* 1923. 1. 618; Req. 14 janv. 1920, S. 1920. 1. 272), ou encore par sa concubine (Paris, 21 nov. 1923, *Gaz. Pal.* 1924. 1. 187; Trib. Nice, 27 oct. 1909, D. 1912. 2. 16). Faute du mandataire, lorsqu'il a outrepassé ses pouvoirs en usant de moyens frauduleux. Faute du tiers, lorsqu'il a omis de faire une vérification qui était à sa portée sur les pouvoirs du prétendu mandataire.

La responsabilité du mandant s'ajoute le plus souvent à celle du mandataire vis-à-vis du tiers trompé. Car l'on admet qu'il reste responsable du choix qu'il a fait de son représentant et de la confiance qu'il a mise en lui. Du moment qu'il a confié à un tiers la gestion de son affaire au lieu de la traiter lui-même, il est juste qu'il subisse les conséquences dommageables de cette situation qu'il a créée. C'est ce qui est admis depuis le droit romain (Paul, *Dig.*, L. 26, *Mandati*, 17, 1; *Inst. Just.*, *De mandato*, 9 et 10). Ainsi, un mandant se trouve engagé par l'abus de blanc seing commis par son mandataire (Cass. Req. 13 fév. 1883, D. 1884. 1. 80; 25 mars 1892, D. 1892. 2. 263). Il lui incombe, en effet, le soin de rédiger la procuration en des termes ne permettant pas d'erreur, et de surveiller l'emploi qu'en fait son mandataire.

L'abus de pouvoir commis par le faux mandataire n'est pas opposable au tiers de bonne foi qui a été trompé sans faute de sa part, soit sur la durée, soit sur l'entendue du mandat. Le principe se dégage des art. 2005 et suiv. de notre Code civil, et il se trouve exactement formulé dans les récentes législations comme celle du Japon (C. civ. art. 112 et 110). L'erreur la plus aisément excusable est celle de ceux qui ont continué à faire crédit à un mandat dont l'existence antérieure était certaine et dont ils ont ignoré la cessation par révocation ou autrement. Peu importe ici la bonne ou la mauvaise foi du mandataire : elle n'effecte que le recours du mandant contre lui. Notre C. civ. dispose notamment pour le principal cas de cessation de mandat (art. 2005) : « La révocation notifiée au seul mandataire ne peut être opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation, sauf au mandant son recours contre le mandataire. » (De même, C. civ. italien, art. 1739; etc.). Les tiers sont bien excusables d'ignorer un acte qui leur est étranger,

dont personne ne leur a fait part et qu'aucun système de publicité ne les a mis à même de connaître. Ils ne peuvent exiger une justification de procuration chaque fois qu'ils se mettent en rapport avec le mandataire, surtout si ces rapports sont fréquents ou suivis. On peut en dire autant dans d'autres cas de cessation de mandat, comme celui de la mort du mandant, avec cette différence qu'il est plus facile de connaître un décès qu'un acte de révocation.

Par contre, la bonne foi des tiers est difficilement admissible, lorsqu'ils ont traité avec un faux mandataire qui n'a jamais reçu de pouvoir, par exemple un associé qui n'a jamais été autorisé. Leur premier devoir de prudence est de vérifier l'existence du pouvoir prétendu : ils peuvent se faire représenter la procuration ou le titre, ou s'il s'agit d'une société, s'informer des noms des associés pouvant faire usage de la signature sociale.

Les abus de mandat en étendue sont, en principe, assimilables à ceux dans le temps. Par exemple, la révocation partielle peut être mise sur le même pied que la révocation totale, avec cette nuance qu'elle n'est que plus dangereuse pour les tiers. Les législations étrangères les plus récentes ont cru devoir réglementer la situation dans l'intérêt des tiers. Le code japonais (art. 110 et 112) pose exactement le principe que l'acte excédant les pouvoirs du représentant n'en est pas moins valable à l'égard des tiers qui ont eu de justes raisons de croire qu'il agissait dans les limites de ses pouvoirs. Par application de ce principe, les restrictions apportées aux pouvoirs des mandataires, tels que les administrateurs de sociétés, ne sont pas opposables aux tiers de bonne foi (C. civ. japonais, art. 54; C. civ. fédéral suisse, art. 654), spécialement lorsqu'elles limitent le cercle normal et courant de leur activité. Les tiers, le public, en effet, sont en droit

de supposer qu'un directeur a le droit de faire au nom de la société ou association tous les actes rentrant dans le cercle de l'activité sociale (présomption établie par l'art. 700 du Code suisse), ou qu'un fondé de pouvoir a le droit d'accomplir tous les actes d'administration que comporte le but du commerce (présomption établie par l'art. 423 du même code), ou encore qu'un voyageur de commerce a le pouvoir de toucher le prix des ventes par lui conclues, d'en donner des quittances et d'accorder des délais au débiteur (art. 429).

A défaut de textes de ce genre, notre jurisprudence applique équitablement l'adage *Error communis facit jus*, soit que le faux mandant ait une part de responsabilité dans la création de l'apparence trompeuse par le faux mandataire, soit qu'il n'y soit pour rien. Il suffit que celui qui s'en prévaut ait eu de sérieuses raisons de croire que le mandataire agissait au nom et pour le compte du mandant. Ainsi en a-t-il été décidé, par exemple, dans le cas où une société laissait son directeur conclure tous les marchés en son nom, malgré les statuts (Cass. Req. 14 janv. 1920, S. 1920. 1. 272), et de même, dans le cas différent où un directeur, en employant du papier à en-tête de la société, laissait croire qu'il traitait au nom de celle-ci (Cass. Req. 21 mars 1910, S. 1913. 1. 297).

Pour les cessations ou restrictions de mandat, la première justification de la bonne foi des tiers réside dans le manque d'un système de publicité régulière et efficace (Rota, 105, p. 142). Les Codes allemand, autrichien et suisse, qui ont donné une grande ampleur à la question de la protection des tiers, ont organisé un système d'inscription au registre du commerce. Aucune révocation ou restriction de pouvoirs ne peut, tant qu'elle n'a pas été inscrite, être opposée aux tiers de bonne foi, c'est-à-dire à ceux qui n'en ont pas eu personnellement connaissance; et une telle connaissance

se ne présume pas (Z. G. B., art. 425; B. G. B., art. 68 et 173. avec application de cette règle dans les art. 1424, 1682, 1893 et 2140 du même Code, ainsi que dans les art. 115, 116 et 231 du C. com. allemand, à rapprocher des art. 91 et 92 du C. com. hongrois de 1876). Par contre, la bonne foi tirée de l'ignorance ne saurait être admise contre une mesure de publicité qui est prise dans l'intérêt des tiers et qu'ils peuvent et doivent connaître.

Le Code civil allemand accorde, en outre, aux tiers de bonne foi une faculté particulière de désistement (art. 178), de sorte qu'il possède un droit d'option consistant, soit à se désister, soit, comme tout tiers, à mettre le prétendu représenté (système admis également pour le représentant légal de l'incapable) en demeure de ratifier le contrat conclu en son nom sans pouvoir (art. 177).

Ainsi, la bonne foi des tiers peut trouver contre les faux-mandats ou les abus de mandat, diverses protections, puisées dans la responsabilité du mandant, dans la responsabilité personnelle du mandataire, dans le droit de désistement, et surtout dans la validation des actes passés avec le mandataire apparent.

III. Actes passés avec un héritier apparent.

La vie réelle ne se gouverne pas d'après les exigences de la logique; il faut transiger à chaque pas entre des principes contraires en faisant à chacun sa part de légitimes applications.

DEMOLOMBE, *Traité*, t. XXI., 229.

Tandis que les cas précédents sont prévus par la loi, celui-ci a été omis dans notre Code, et ce n'est pas sans difficulté ni hésitation qu'il a fini par être admis par notre jurisprudence.

C'est spécialement pour les actes de disposition à titre onéreux que des difficultés se sont élevées. La validation des actes d'administration, tels que les baux de courte durée, a été facilement admise, par analogie avec les dispositions sur l'absence et dans l'intérêt même du véritable héritier. Il en a été *à foriori* pour les actes absolument nécessaires, tels que les paiements, d'autant mieux qu'ici l'on avait un texte général, celui de l'art. 1240 du C. civ. Quant aux actes de disposition, des distinctions étaient à faire. Ceux portant sur des objets mobiliers devenaient définitifs, en vertu et dans les conditions de l'art. 2279. Pour les aliénations immobilières à titre gratuit, on s'est accordé à décider contre leur maintien : il n'y avait pas de raison de faire échec, en faveur du tiers donataire, même de bonne foi, qui *certat de lucro captando*, au droit de revendication du véritable héritier, qui *certat de damno vitando*, selon la vieille et très juste distinction romaine, usitée en d'autres matières.

Restaient les aliénations et constitutions de droits nés à titre onéreux portant sur des immeubles. Ici se présentait un conflit aigu entre deux titulaires de droits, tous deux dignes d'intérêt, l'un en raison de sa bonne foi, le tiers acquéreur ou le bénéficiaire du droit réel, l'autre en raison de son droit héréditaire de propriété, le véritable héritier. Contre le premier, la doctrine a fait valoir l'impossibilité juridique de valider des aliénations ou constitutions de droits réels émanant *a non domino*, portant sur la chose d'autrui, transférant plus de droit que n'en avait leur auteur. Mais les nécessités de la pratique ont été telles que, par ce qu'on a appelé une véritable audace juridique (Mazeaud, 79, p. 953), les tribunaux ont préféré violer les vieux principes de la logique juridique, plutôt que de bouleverser profondément les relations d'affaires établies sur la confiance et la bonne foi.

Pour justifier le maintien des aliénations et des consti-

tutions de droits réels malgré l'art. 1599 du C. civ., la Cour de Cassation a tout d'abord invoqué une théorie ingénieuse, dite de la saisine collective (Cass., 16 juill. 1843, D. 1843. 1. 49; Cass., 3 juill. 1877, D. 1877. 1. 429). Mais l'insuffisance en a vite apparue. Des auteurs se sont efforcés de trouver de nouvelles justifications, en plaçant le problème sur le terrain de la responsabilité : ils ont invoqué la faute du véritable héritier (Jozon, 65, p. 377), ou, plus récemment, le risque et l'abus du droit (Morin, 85; Crémieu, 35, p. 39). Avec raison, la jurisprudence ne les a pas suivis dans cette voie. La Cour de Cassation a préféré s'en tenir à la notion d'erreur commune, appuyée sur des considérations, par elles mêmes assez vagues, d'ordre public, d'intérêt général et de sécurité des transactions (Req., 3 juill. 1877, D. 1877. 1. 430; Civ. 26 janv. 1897, D. 190 . 1. 33, et note Sarrut; etc.).

A vrai dire, les considérations d'ordre public et d'intérêt général eussent tout aussi bien pu être invoquées pour la protection du propriétaire que pour celle des tiers, et ce raisonnement eût bien été dans l'esprit de notre Code (Sarrut, note précitée). La considération de la sécurité des transactions portait mieux; mais, comme nous l'avons déjà remarqué ailleurs, elle est d'ordre économique plus que juridique : elle se ramène à l'intérêt des tiers. Or, si cet intérêt est légitime, c'est avant tout, pour des raisons juridiques se rapportant à la bonne foi. Quant à la considération de la responsabilité du véritable héritier, elle tient une place beaucoup plus importante en doctrine qu'en jurisprudence. Si l'on s'en tient, avec la jurisprudence et la majorité de la doctrine, à la notion commune de faute, qui seule a une base légale et une justification éthico-juridique, on ne saurait en faire qu'une application accessoire et non dans tous les cas, à la charge du véritable héritier. Comment, par exemple,

relever une faute contre lui, lorsque le testament qui l'a institué n'a pu être découvert que plus tard ?

A cet égard, il est intéressant de rappeler l'affaire de la Boussinière, qui a donné lieu à l'arrêt précité du 26 janv. 1897, commenté et critiqué par M. Sarrut.

Le 10 février 1885, mourait dans son château angevin M. Adolphe de la Boussinière, ne laissant aucun héritier réservataire, mais ayant, par testament public du 9 juin 1880, institué un légataire universel, le comte de Bréon, et fait des legs particuliers à diverses personnes, notamment à MM. de Legge père et fils. M. de Bréon prend possession de la succession et exécute les legs. Le 12 août 1886, le Président du Tribunal de Segré reçoit d'un expéditeur inconnu une enveloppe contenant deux testaments olographes revêtus de la signature du défunt et datés des 13 et 14 janv. 1885 : ils portaient révocation du testament précédent et désignaient un autre légataire universel, M. Edmond de la Boussinière, l'un des frères du défunt. Celui-ci intenta alors contre MM. de Bréon et de Legge une action en pétition d'hérédité, qui, après vérification d'écritures, aboutit à la condamnation des défendeurs en restitution de la succession. Tout semblait terminé, quand on acquit la preuve que les deux nouveaux testaments étaient l'œuvre d'un faussaire, le notaire G..., condamné par arrêt de la Cour d'assises de la Seine le 24 mai 1892 à dix ans de réclusion. MM. de Bréon et de Legge par la voie de la requête civile, firent rétracter l'arrêt de la Cour d'Angers qui les avait condamnés, et se firent remettre en possession des biens héréditaires. Mais, dans l'intervalle, Edmond de la Boussinière avait vendu ou hypothéqué à différentes personnes des biens dépendant de la succession. La Cour d'Angers et la Cour de Cassation ont admis que, en vertu de l'erreur commune qui avait existé, ces actes passés avec des tiers de bonne foi étaient opposables aux héritiers véritables, sans qu'il fût question de relever une faute à la charge de ces derniers. On ne pouvait même pas leur reprocher de ne pas s'être fait connaître (Piédelièvre, 94, p. 260), ou de ne pas avoir affirmé leur droit (Emm. Lévy, 72, p. 721).

Cette jurisprudence, qui se justifie par des motifs supérieurs d'équité et d'utilité sociale, vise, en somme, uniquement à la protection des tiers de bonne foi, en leur sacrifiant, non seulement les héritiers coupables d'inaction et de négligence, mais encore ceux qui ont réclamé leurs droits. — Les Tribunaux belges n'ont pas osé la suivre (Mazeaud, 79, p. 953). Au contraire, elle a été suivie en Roumanie (le

Code Napoléon ayant également été adopté dans ce pays) par la Cour de Cassation (Cass. 15 mars 1902. *Curierul Judiciar*, 1902, n° 60; Sanasteco, **107**, p. 365), malgré la résistance d'une partie des cours et de la plupart des auteurs (Alexandresco, note sous arrêt précité; Antonesco, **5**). Il est vrai que, dans l'arrêt précité de 1902 abondamment motivé, la Cour vise la négligence de l'héritier qui ne s'est pas présenté. Sous l'influence de cette jurisprudence, une loi roumaine sur la consolidation des terrains pétrolifères est venue consacrer le principe de la validité des actes consentis par un héritier apparent avec un tiers de bonne foi (Cosma, **34**, p. 151; Satanesco, **107**, p. 368). Le C. civ. italien (art. 933) avait déjà consacré ce principe en des termes généraux : « ... Sont toujours sauvegardés les droits des tiers acquis par l'effet de conventions à titre onéreux faites de bonne foi avec l'héritier apparent » (Ruta, **105**, p. 117).

Si, dans l'intérêt général, les tiers de bonne foi doivent être protégés en leurs acquisitions ou constitutions de droits réels, c'est parce qu'ils ont traité sous l'empire d'une erreur commune qu'ils ne pouvaient éviter. C'est leur erreur invincible qui constitue vraiment, comme on l'a dit, leur titre justificatif (Piédelièvre, **94**, p. 261). Il faut donc qu'ils n'aient pu s'en prémunir par toute la prudence qu'on puisse exiger d'eux (« par toute prudence humaine », va jusqu'à dire parfois la Cour de Cassation : ainsi, 3 juill. 1877, D. 1877. 1. 430), soit que la situation échappât à leur contrôle, soit encore que la possession de l'héritier apparent eût une notoriété suffisante pour les dispenser de vérification. Il faut que leur bonne foi soit parfaite, exempte de toute faute de négligence, d'imprudence, de légèreté ou de précipitation. C'est bien le moins qu'on se montre exigeant pour maintenir des droits acquis *a non domino*.

Aussi n'admet-on pas l'application de la maxime *Error communis facit jus* au profit des tiers qui ont traité avec quelqu'un entré en possession de l'hérédité sans envoi régulier (Colmar, 18 janv. 1850, D. 1851. 2. 161), ou avec un héritier putatif dépourvu de titre légal ou testamentaire (Cass. civ. 26 fév. 1867, D. 1867. 1. 75; Cass. Turin, 1^{er} août 1881, *Giornala della leggi*, XII, n^o 44), surtout si ce n'est pas un héritier du sang (Aubry et Rau, 7, t. X, § 616, n^o 32, p. 13), ou encore avec un héritier putatif se réclamant d'un titre nul en forme, alors du moins que la fausseté peut ressortir d'une vérification attentive de la minute de l'acte, testament ou donation (Cass. 26 fév. 1867, D. 1867. 1. 75; Req. 4 août 1875, D. 1876. 1. 123). Cependant, la bonne foi peut paraître suffisante, si le vice ne paraît que sur la minute et nullement sur l'expédition au vu de laquelle la vente ou la constitution d'hypothèque a été passée. On peut citer, à cet égard, comme ayant nettement posé les principes de la matière, un arrêt déjà ancien, mais toujours vrai :

Attendu qu'il est vrai que le principe du droit pour l'héritier apparent, réside dans sa qualité, dont les vices échappent à tout contrôle, tandis qu'il repose, pour le légataire ou l'institué contractuel, sur un titre dont le mérite peut et doit être attentivement vérifié; qu'il en résulte qu'un vice radical et extrinsèque, comme au cas d'une donation sous-seing privé, ne permet pas d'invoquer une erreur qui pouvait être évitée par le simple examen du titre; que la seule apparence du vice dont l'acte est entaché constitue alors les parties en faute, et que leur négligence ou leur impéritie s'oppose à ce qu'elles excipent de leur bonne foi; mais qu'il en est autrement, lorsqu'elles traitent, comme dans l'espèce, à vue de l'expédition régulière d'un acte authentique, n'offrant aucun indice de nullité ni au fond ni en la forme, et que le vice de cet acte n'est apparent que dans la minute...; que, d'après tous les documents du procès, aucune faute, même légère, n'est imputable aux parties, et que la vente a eu lieu avec toutes les précautions que la prudence pouvait commander, sous l'empire d'une erreur inévitable et d'une entière bonne foi ». (Besançon, 18 juin 1864, D. 1864. 2. 171).

Ces principes, ainsi formulés en termes généraux, doivent s'appliquer à toutes les sortes d'actes de disposition. Il n'y a pas de raison sérieuse d'y apporter une exception pour les cessions de créances et autres droits incorporels, comme l'a fait une jurisprudence, qui, il est vrai, est déjà ancienne (Cass. 4 mai 1836, S. 1836. 1. 353; Cass. 11 mai 1839, S. 1829. 1. 169; Crémieu, **35**, p. 73).

Le besoin de remédier à l'insécurité des tractations avec l'héritier apparent ne s'est pas fait sentir de la même façon dans les législations allemande et suisse, où toutes les transmissions de droits réels, même à cause de mort, se trouvent soumises au régime des inscriptions sur le livre foncier. L'immatriculation régulière de l'héritier apparent constitue ce que les tiers doivent connaître. Ils peuvent s'y fier en toute sécurité : elle couvre leurs actes de bonne foi; elle apparaît, a-t-on dit (Crémieu, **35**, p. 80), comme un principe de légitimation. L'art. 973 du C. civ. fédéral suisse dispose : « Celui qui acquiert la propriété ou d'autres droits réels, en se fondant de bonne foi sur une inscription du registre foncier, est maintenu dans son acquisition. » Cela est vrai dans les actes à cause de mort comme dans ceux entre vifs, et le certificat d'héritier délivré, en Allemagne, par le tribunal de la succession (B. G. B., art. 2353 et s.) en augmente la garantie. Les tiers qui s'y conforment de bonne foi deviennent donc définitivement titulaires des droits qui leur sont transmis par l'héritier immatriculé, sans avoir à craindre aucun recours d'un véritable héritier qui viendrait à se révéler. Celui-ci, fautif ou non, est dépouillé par cela seul que son droit est resté occulte : on a pu dire (Crémieu, *loc. cit.*) qu'il subissait une sorte d'expropriation. Il ne lui reste que la possibilité d'un recours, peut-être illusoire, contre l'héritier apparent, et subsidiairement d'une action contre l'Etat, responsable de la faute de ses agents,

lorsque le juge foncier a admis une inscription sans vérification suffisante (Crémieu, **35**, p. 74).

Le système de protection des tiers de bonne foi par la validation de leurs actes passés avec un héritier apparent, présente une importance qui dépasse sensiblement les limites de la question et s'étend plus ou moins aux autres cas de propriété apparente. Cela ressort manifestement des discussions qui ont eu cours au sujet ou, pour mieux dire, à propos de l'héritier apparent. L'on a pu dire que la question touchait au fondement même du droit privé, en mettant en balance le droit individuel resté occulte et l'élément public, économique et social du droit (Crémieu, **35**, p. 49).

Certains auteurs se sont tout d'abord appliqués à écarter l'adage, généralement élevé à la hauteur d'un principe, « *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* », qui paraissait s'opposer à la validité de toute transmission de droit de la part de quelqu'un qui n'en est vraiment pas titulaire. M. Emm. Lévy (**70**, p. 23, 87 et s.; **72**, p. 721; **73**, p. 830) en a fait une critique si serrée qu'il n'en resterait guère que l'ombre d'une vérité, l'expression commode d'une constatation superficielle. Il a repris l'idée de certains auteurs allemands, tels que Thon (*Rechtsnorm und subjectives Rechts*, 1878, p. 327), selon lesquels le droit du propriétaire ne saurait, à vrai dire, se transmettre lui-même en même temps que la propriété aliénée, comme s'il n'en était qu'un élément. D'après M. Lévy, un droit ne saurait se passer de main en main comme son objet; car ce n'est pas une entité, un « *idolum* », mais un simple rapport. Au fond, un droit ne se transmet jamais : il cesse d'exister chez celui qui le cède, c'est-à-dire qui y renonce; puis il se reforme chez le nouveau titulaire. Le titre d'acquisition, c'est non seulement pour le premier occupant, mais aussi pour tout ayant-cause, la vo-

lonté légitime d'acquérir, celle qui, de bonne foi, croit respecter les droits acquis chez autrui. L'acte de transmission n'est que la condition qui permet au droit de se manifester chez l'acquéreur, en levant l'obstacle provenant de la possession légitime d'autrui. L'adage « *Nemo plus juris...* » n'est, en somme, qu'une traduction commode, mais imparfaite, du principe fondamental « *Res inter alios acta aliis non nocere potest* », qui oblige à respecter les droits des tiers. Il peut arriver qu'un même bien soit légitimement acquis par deux personnes : pour savoir laquelle doit l'emporter sur l'autre, il faut rechercher celle qui possède un droit opposable à l'autre et peut invoquer le principe « *Res inter alios acta...* »

M. Lévy (70, p. 93 et s.) n'a pas eu de peine à montrer que le brocard « *Nemo plus juris...* » a été battu en brèche par le législateur lui-même dans un certain nombre de cas. Aussi ce brocard n'a-t-il pas empêché l'extension de la théorie de la bonne foi en jurisprudence. Mais, pour cela, il ne paraît pas nécessaire d'aller jusqu'à rejeter d'une façon absolue la notion de transmission des droits : tout se passe bien, surtout entre vifs, comme si le droit de l'ayant cause provenait de son auteur, en vertu de leur accord de volontés. Entre le défunt et l'héritier ou légataire, il y a une lacune causée par le décès : la loi y a remédié par la fiction de la saisine et de la rétroactivité de l'acceptation. Le maintien des actes d'administration faits dans l'intervalle en est un complément indispensable, et la distinction n'est pas nettement tranchée entre les actes d'administration proprement dits et les actes de disposition à titre onéreux, qui peuvent très bien rentrer dans une utile gestion du patrimoine, si même ils ne sont nécessités par le paiement des dettes. Ces actes ne sont de nature à dépouiller l'héritier véritable qui vient ensuite prendre possession, que lorsque l'héritier apparent qui les a passés a dilapidé les fonds et reste insolvable.

Il y a là évidemment une situation fâcheuse ; mais ce risque, heureusement rare, ne pouvait être évité que par un plus grand mal : il aurait fallu dire que les tiers les plus innocents avaient agi invalablement, que leurs actes seraient déclarés nuls, qu'ils devraient rendre les immeubles acquis ou les hypothèques obtenues, sans être certains de pouvoir rentrer dans leur prix ou leur créance. C'eût été faire peser sur eux une responsabilité de risque qui ne devait à aucun titre leur incomber. Il est plus naturel et équitable de faire supporter ce risque par la véritable héritier, qui n'a rien déboursé et qui, dans la plupart des cas, eût pu éviter cette conséquence par plus de diligence. En outre, si ce n'était l'effet de la saisine, qui, il ne faut pas l'oublier, n'est qu'une fiction légale, il serait vrai de dire que l'héritier qui vient à affirmer son droit doit respecter les droits acquis *in intervallo* par les tiers de bonne foi.

Quant à rechercher une réelle responsabilité du véritable héritier pour expliquer une déchéance de son droit de propriété, ce serait aller trop loin. Pour y parvenir, il faudrait s'en tenir à une notion aussi large et imprécise que celle de la faute contre la confiance légitime et contre la justice (Lévy, 72, p. 719), ou celle du risque créé pour le crédit public par l'inaction du véritable héritier, et de l'abus par ce dernier de son droit de propriété détourné de sa destination sociale (Morin, 86, p. 17 et s.). Ce serait faire bon marché du droit de propriété et de ses démembrements, que de faire dépendre leur conservation du crédit ou, d'une façon plus générale, de la confiance qui doit régner entre les hommes pour leurs bonnes relations ; ce serait détruire le droit individuel que de le réduire à une simple « fonction de la foi sociale ». Mais il ne paraît heureusement pas nécessaire

de faire appel à une conception socialiste du droit pour admettre et expliquer, au profit des tiers de bonne foi, une perte de droit du véritable héritier, même en considérant ce dernier purement et simplement en sa qualité de propriétaire investi par la saisine, et même en supposant que sa responsabilité ne soit pas engagée.

Ne peut-on admettre que l'acquisition de parfaite bonne foi soit légitime et valable comme telle, par le seul effet de la bonne foi exempte de toute faute et dégagée de toute responsabilité? C'est bien l'esprit de la jurisprudence sur l'efficacité de l'erreur commune invincible. La doctrine également, après avoir épuisé diverses théories plus ou moins compliquées, en arrive à s'en tenir à la notion de bonne foi comme se suffisant à elle-même, et à lui reconnaître une valeur juridique et une efficacité propre se produisant à l'occasion d'une transmission apparente (Loniewski, **76**, p. 201). L'acquéreur de bonne foi *a non domino*, qui ne tient son droit de personne, ne peut le tenir que de lui-même; il l'a acquis par un mode originaire, conformément à la loi et en vertu de sa bonne foi invincible. Lorsque l'héritier véritable vient affirmer son droit de propriété, il se produit alors une véritable et irréductible antinomie entre deux droits réels sur la même chose, et il faut, de toute nécessité, en sacrifier un. A choisir, mieux vaut sacrifier celui de l'héritier, qui n'est antérieur à l'autre que par l'effet d'une fiction, et, à l'inverse de l'autre, est né gratuitement, sans contre-partie ni aucun mérite. Mais il n'est pas dit que les mêmes raisons de préférence se rencontrent dans tous les cas d'opposition entre tiers de bonne foi et propriétaire véritable.

IV. — Actes passés avec un propriétaire apparent.

Les vrais principes sont dans les faits.
ARISTOTE *Morale à Nicomaque.*

On a beaucoup discuté, ces dernières années, sur le point de savoir si la solution admise pour les actes passés par des tiers de bonne foi avec un héritier apparent, pouvait être étendue à ceux passés avec un propriétaire apparent.

La question s'est posée d'abord pour les hypothèques consenties par les *prête-noms* des congrégations religieuses non autorisées, dont la loi du 1^{er} juillet 1901 avait prononcé la dissolution. Les liquidateurs soutenaient la nullité des hypothèques garantissant les emprunts qui avaient été effectués par des personnes interposées, — congréganistes, laïques ou sociétés, — servant de prête-noms aux congrégations; les créanciers, de leur côté, prétendaient faire valoir dans la liquidation leurs hypothèques constituées de bonne foi, dans la croyance d'avoir traité avec les véritables propriétaires des immeubles.

La jurisprudence a donné raison aux créanciers de bonne foi, elle a validé leurs hypothèques. Les divergences n'ont guère porté que sur les motifs des décisions. Les tribunaux et les cours d'appel se sont appuyés sur l'erreur commune créant le droit¹. La Cour de Cassation, désireuse de ne pas déroger au principe de la nullité des droits réels consentis par un non propriétaire, tout en maintenant la solution d'équité qui s'imposait, a essayé de justifier cette solution par des considérations tirées de la non-personnalité des congréga-

1. Paris, 12 juil. 1905 et 25 janv. 1906, S. 1906. 2. 234; Trib. civil de la Seine, 1^{er} mars 1906, D. 1907. 2. 140; Paris, 7 déc. 1907, et Aix. 9 déc. 1907, S. 1908. 2. 225, et note Wahl.

tions non autorisées et de la responsabilité des détenteurs de leurs biens pour les dettes par eux contractées. Elle n'en exigeait pas moins, chez ces détenteurs, l'apparence de la propriété, qui place dans un état d'erreur commune et invincible les tiers qui se sont entourés de toutes les mesures de précaution habituelles¹. Il était donc inutile de faire appel à des théories très contestables et contestées (note sous 3 arrêts, S. 1907. 2. 234), pour justifier l'opposabilité des hypothèques aux liquidateurs; il suffisait de s'en tenir à la théorie de l'erreur commune déjà admise pour les actes passés avec l'héritier apparent.

Dans des conclusions développées devant la Cour de Paris dans une de ces affaires (*Gaz. d. Trib.*, 9 août 1905; *Le Droit*, 24 août 1905), M. l'Avocat général Blondel proposait hardiment une théorie générale qui aurait permis de valider l'hypothèque constituée par un propriétaire apparent quelconque au profit d'un créancier de bonne foi. Mais la Cour n'a pas osé aller si loin. La jurisprudence, il ne faut pas l'oublier, n'avance dans les nouvelles voies qu'à pas lents, au contact progressif des faits, laissant à la doctrine le soin des constructions nouvelles et des généralisations systématiques.

Comme l'ont fait remarquer tous les principaux annotateurs des arrêts relatifs aux congrégations², la question rentrait dans celle de la validité des actes consentis par le prête-nom du propriétaire réel, avec cette seule particularité qu'ici le propriétaire réel était un incapable. Or, quand le proprié-

1. Civ. 17 juillet 1907, D. 1908. 1. 11, S. 1907. 1. 401, et note Wahl; Civ. 16 déc. 1907, D. 1908. 1. 160, S. 1908. 1. 396; Civ. 11 mai 1908, D. 1908. 1. 324; Req., 7 juill. 1909, D. 1909. 1. 548; Civ. 23 et 24 mars 1909, D. 1910. 1. 114; Civ. 13 nov. 1912, D. 1913. 1. 433, et note de Loynes, S. 1914. 1. 150.

2. Alb. Tissier, note sous Cass. Req. 13 fév. 1900, S. 1900. 1. 449; Alb. Wahl, note sous Paris 5 juin 1905, S. 1907. 2. 273, et sous Cass. Civ. 17 juill. 1907, S. 1907. 1. 401; de Loynes, note sous Paris, 5 juin 1905, D. 1908. 2. 129.

taire apparent n'est que le prête-nom du propriétaire réel, c'est-à-dire quand c'est en vertu même d'un accord avec ce dernier que le titre apparent a été constitué sur la tête d'une personne interposée pour dissimuler la personne véritable du propriétaire, ce dernier serait bien mal venu à discuter les conséquences d'une situation qu'il a créée ou acceptée. Il ne le peut pas davantage que ne le pourrait un mandant ordinaire vis-à-vis des actes de son mandataire. La simulation de personnes, qui suppose nécessairement une convention secrète contredisant l'acte ostensible, constitue toujours, alors même qu'il n'y a pas d'écrit, une contre-lettre au sens de l'art. 1321 du C. civ. (Cass. 30 mars 1836, S. 1836. 1. 506). Elle ne peut donc, par application même de ce texte, avoir effet contre les tiers qui ont traité avec le propriétaire apparent sur la foi de l'acte ostensible et dans l'ignorance de l'acte secret. De par la volonté même du propriétaire réel, le prête-nom qu'il s'est donné existe seul et le masque complètement vis-à-vis des tiers; le mandat, par cela même qu'il est dissimulé, n'existe pas à leur égard, il ne peut leur être opposé.

Les actes, — constitutions d'hypothèques, aliénations, etc., — consentis par le prête-nom aux tiers de bonne foi sont donc valables et ne peuvent être détruits par l'effet de la déclaration de simulation, qui d'ailleurs n'a pas la nature d'une véritable annulation. C'est ce qu'admet depuis longtemps la jurisprudence, approuvée par la doctrine (Douai, 10 mars 1849, S. 1849. 2. 374; Orléans, 10 fév. 1876, S. 1876. 2. 321, avec, dans ce dernier arrêt, une confusion entre l'action en déclaration de simulation et l'action paulienne).

Par contre, on exige chez les tiers une bonne foi parfaite. Se plaçant au point de vue des conséquences ordinaires de l'annulation, — bien que, comme on le reconnaît au-

jourd'hui, l'acte annulé pour cause de simulation ne soit pas réputé inexistant (de Loynes, note sous Cass. Civ. 13 nov. 1912, D. 1913. 1. 433). — la Cour de Cassation a posé en règle générale : « Attendu que, si le principe *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* entraînait l'annulation de l'hypothèque consentie..., et que, si ce principe pouvait fléchir, ce ne serait que dans le cas où la partie qui a traité avec le propriétaire apparent pourrait invoquer une bonne foi fondée sur une erreur commune invincible. » (Cass. 25 janv. 1847, D. 1847. 4. 342, P. 1848. 2. 701). En d'autres termes, le tiers protégé est celui « qui n'a aucune imprudence à se reprocher et que rien ne pouvait éclairer sur la simulation » (Nîmes, 7 août 1844, sous Req., 9 mars 1847, S. 1847. 1. 283, P. 1847. 2. 449). Des décisions, motivées inexactement sur ce qu'un acte fictif ne peut produire d'effet même à l'égard des tiers, n'admettent, en réalité, cette conséquence rigoureuse que contre des tiers dont la bonne foi est douteuse ou tout au moins n'est pas exempte de légèreté : par exemple lorsqu'un procès en simulation était pendant au moment où ils ont traité, et qu'ils ne l'ignoraient pas (Alger, 8 juill. 1896 ; Cass. Req., 13 mars 1899, S. 1900. 1. 72). Aussi exige-t-on généralement que la bonne foi du tiers s'appuie sur un titre régulier du propriétaire apparent (arrêt ci-après).

La validité des actes consentis par un propriétaire apparent quelconque à des tiers de bonne foi, sur la vue d'un titre régulier, paraît avoir été consacrée récemment d'une façon absolue par la Cour de Cassation. Voici l'espèce. Par acte notarié régulièrement transcrit, un sieur Maujan avait acquis, en 1900, d'un sieur Batin une chute d'eau appelée le Saut-du-Culzal et un terrain appelé le Barru dans la commune de Saint-Barthélemy-le-Plein, puis, en 1906, par acte notarié régulier, il avait consenti un emprunt hy-

pothécaire à un sieur Durupt, alors qu'en réalité le Saut-du-Cluzal appartenait à la Société des Mines de Saint-Barthélemy-le-Plein. Il fut constaté par la Cour de Nîmes que l'acquéreur était, en vertu d'un titre régulier, investi, à l'égard des tiers de bonne foi, de tous les caractères de véritable propriétaire, et que rien ne démontrait que le créancier hypothécaire ait su que cet acquéreur ne fût pas le véritable propriétaire; en conséquence, la Cour déclara l'hypothèque opposable à la société propriétaire. C'est ce qu'a admis la Chambre des Requêtes, en repoussant le pourvoi en ces termes : « Attendu que les hypothèques consenties par le propriétaire apparent d'un immeuble, en vertu d'un titre régulier, sont valables et conservent effet au profit des créanciers de bonne foi vis-à-vis du propriétaire véritable. » (Cass. Req., 20 juill. 1910, D. 1910. 1. 392, S. 1915. 1. 74).

Ce principe est intéressant. Il consacre la validité des actes des tiers de bonne foi même en dehors de la responsabilité du véritable propriétaire et sur une base plus large que celle de l'art. 1321. il complète parfaitement, d'autre part, celui de la protection des tiers organisée par des mesures de publicité immobilière, telles que la transcription en droit français ou l'inscription au livre foncier en droit allemand, autrichien ou suisse, qui régularise le titre du propriétaire apparent. Comprise de cette façon large, la protection de la bonne foi forme bien une pièce ordinaire du droit commun, selon une juste expression de Wendt (107, p. 70), et cette vérité ne doit pas rester particulière au droit allemand. Ainsi est-elle également et nettement consacrée par une règle du droit anglais, selon laquelle aucun droit en équité (on Equity), même antérieur en date, ne peut, en principe, être opposé à l'acquéreur d'immeuble à titre onéreux et de

bonne foi, qui a versé son prix et a été investi de la possession légale ou de la meilleure qualité pour se la faire attribuer, sans avoir eu connaissance, ni expressément, ni implicitement, ni par présomption, de l'existence du droit en équité qu'on s'efforce de lui opposer (Jenks, 51, t. I, art. 1313 et 1314, p. 529-530). Cette condition du versement du prix est très juste : c'est elle qui fait que l'acquéreur, pour employer l'expression classique, *certat de damno vitando*, et qu'il a particulièrement besoin de protection.

V. Actes passés avec un titulaire dont le droit vient à être annulé ou révoqué.

Les principes absolus conduisent infailliblement à des conséquences absurdes.
Sylvestre de Sacy.

Il y a de nombreux cas dans lesquels le droit du propriétaire, ou, d'une façon plus générale, du titulaire, existe bien réellement au moment où il traite, mais n'est pas solide et est appelé à devenir caduc. Il y a là une source considérable de danger, pour les tiers qui ont ignoré le vice du droit de leur auteur et qui, en stricte logique, doivent, au moins lorsqu'ils ont été mis en cause, supporter les conséquences de l'annulation, de la résolution ou de la révocation, en vertu de la vieille maxime « *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* », dont l'art. 2125 du C. civ. ne fait qu'une application particulière en matière d'hypothèque.

Le danger est d'autant plus grand que notre système défectueux de publicité est dépourvu de moyens de prévenir les tiers. La loi du 23 mars 1855 n'a réglementé que les actes opérant transmission entre vifs de la propriété immobilière

et des droits réels immobiliers; le système de la transcription n'a pas été étendu aux annulations et aux résolutions de titres. En outre, il ne fait produire à la transcription que des effets restreints : elle règle le conflit entre ayants cause d'un même auteur, mais elle reste étrangère à celui entre ayants cause successifs, de sorte que le tiers acquéreur de bonne foi n'est pas couvert par l'inscription de celui avec qui il a traité, soit lorsque le droit de ce propriétaire n'est pas véritable, soit lorsqu'il n'est pas définitif. (Crémieu, **35**, p. 40). « La transcription, observe M. Massigli, n'autorise personne à tenir comme régulière la transmission qu'elle constate et à considérer comme propriétaire véritable celui qu'elle désigne comme tel » (*Rapports général sur l'institution des livres fonciers et leur fonctionnement*, Paris, 1905).

La multiplicité des causes d'annulation, de rescision, de résolution ou de révocation impose des distinctions. Il y en a de plus ou moins apparentes, contre l'effet desquelles les tiers peuvent plus ou moins se prémunir. L'on peut donc distinguer celles qui sont intrinsèques au titre et celles qui lui sont extrinsèques.

A. — *Causes intrinsèques de nullité ou de résolution.*

Lorsque le titre du constituant portait et révélait en lui-même le vice qui devait le faire annuler ou la condition qui devait le faire résoudre, le stipulant n'avait, pour se rendre compte du risque qu'il courait en traitant avec le titulaire, qu'à consulter les actes et en examiner les modalités. Il suffit qu'il ait pu connaître le vice ou la condition, pour qu'il ne soit pas considéré comme victime d'une erreur invincible et ne puisse se prévaloir de sa bonne foi (de Loynes, note sous Paris, 5 juin 1905, D. 1908. 2. 129).

Rentrent dans ce cas :

1^o Tous les titres affectés d'une *condition résolutoire expresse*. Il est évident que la bonne foi ne peut être invoquée contre les conséquences d'une telle modalité et y faire échec. Ici il n'est même pas nécessaire que les tiers soient mis en cause, puisque la rétroactivité opère par le seul fait de l'accomplissement de la condition.

La stipulation d'un droit de retour est assimilée à celle d'une condition résolutoire casuelle (C. civ., art. 952).

2^o Les titres affectés d'une condition résolutoire *tacite* ou *légale* : celle toujours sous-entendue pour l'inexécution des obligations nées d'un contrat synallagmatique (art. 1184), ou pour l'inexécution des conditions d'une donation (art. 954) ou d'un legs (art. 1046); celle spécialement prévue par la loi pour défaut de paiement de prix par l'acheteur (art. 1654), ou pour survenance d'enfant au donateur (art. 963).

Peuvent y être assimilées, jusqu'à un certain point, la rescision de la vente ou du partage pour lésion (art. 1681 et 887), et la réduction des libéralités pour atteinte à la réserve (art. 929 et 930). Pour cette dernière en particulier, on admet que toute donation est censée faite sous la condition résolutoire de fournir, s'il y a lieu, la réserve légale (D. R. P., v^o *Portion disponible*, n^o 230) : les tiers ne peuvent acquérir que sous cette condition (*op. cit.*, n^o 235).

Cependant, il n'y a plus de raison d'appliquer aux tiers de bonne foi ces règles rigoureuses, lorsque la cause de résolution était si bien cachée qu'ils ne pouvaient la connaître. Ainsi, ils ne devraient pas pouvoir être évincés par les héritiers réservataires exerçant l'action en réduction, lorsqu'ils tiennent leurs droits d'un acquéreur, dont le titre les a trompés par l'apparence d'une vente déguisant une donation réductible (Cass. Civ. 14 déc. 1826, D. R. 1277, S. et P. *chron.*). Ce-

pendant, par respect pour l'institution légale de la réserve, la Cour de Cassation est revenue sur cette solution équitable et a préféré appliquer rigoureusement l'art. 929 sans égard pour la bonne foi des tiers. (Civ. 29 oct. 1890, D. 1891, 1.76).

Il en est de même en matière de résolution de vente pour défaut de paiement du prix. Lorsque l'acte de vente contient la fausse mention d'un paiement comptant, le tiers qui traite avec l'acquéreur sur la foi de son titre, n'a plus à s'enquérir si le prix a bien été payé : le vendeur qui a inséré la fausse mention est mal venu à exercer son action résolutoire contre le tiers de bonne foi dont il a lui-même causé l'erreur (Dijon, 31 juill. 1878, S. 1879. 2. 21, P. 1879. 111). La cour de Douai a prononcé dans ce sens une décision de principe fortement motivée en ces termes :

Attendu que, s'il est vrai que nul ne peut transmettre à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même, et spécialement que ceux qui n'ont sur un immeuble qu'un droit conditionnel, résoluble ou sujet à rescision, ne peuvent, d'après l'art. 2125 C. civ., consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes exceptions, de telle sorte que l'anéantissement du contrat principal entraîne la perte des droits acquis aux tiers sur l'immeuble, objet du dit contrat, il n'en est ainsi qu'autant que la convention renferme en elle-même le principe de son anéantissement; qu'il ne peut dépendre des contractants de modifier après coup, au préjudice des tiers, les conventions constatées par les actes qui les renferment, et de porter ainsi atteinte aux conséquences légales qui en dérivent...; qu'il suffit que le droit de l'acheteur à la propriété de la chose vendue n'ait eu rien d'incertain, ni de conditionnel au moment où, créancier de l'acheteur en vertu d'un jugement antérieur à son acquisition, Durand et fils ont fait inscrire l'hypothèque qui en résultait... » (Douai, 10 mars 1849, D. 1849. 2. 146, S. 1849. 2. 374).

B. — *Causes extrinsèques de nullité ou de révocation.*

On admet plus facilement la protection des tiers, lorsqu'ils n'ont pas été à même de découvrir dans le titre du constituant ou dans la loi la cause d'annulation, de rescision ou

de révocation. Mais il faut reconnaître que la loi et à sa suite la jurisprudence manquent beaucoup d'harmonie entre leurs diverses solutions.

On peut faire entrer dans cette catégorie :

1^o La *révocation* de la donation pour cause d'ingratitude. Cette action doit d'autant moins rejaillir sur les tiers qu'elle a le caractère d'une sanction personnelle contre le donataire. Aussi n'exige-t-on même pas la bonne foi des tiers, pour maintenir les aliénations, les hypothèques et autres charges réelles consenties par le donataire antérieurement à l'inscription de la demande en révocation en marge de la transcription de la donation (C. civ., art. 958).

2^o Il en est de même de la révocation des avantages matrimoniaux pour cause de divorce prononcé aux torts du bénéficiaire (C. civ., art. 299). On admet généralement que la révocation ne peut être opposée aux tiers qui ont acquis sur les biens donnés des droits du chef de l'époux donataire (D. R. P., v^o *Divorce*, n^o 555; Cass. Civ. 30 août 1865, D. 1865. I. 345).

3^o Sous certain rapport, la *réduction* des libéralités pour atteinte à la réserve héréditaire, qui ne peut être exercée contre les tiers détenteurs qu'en cas d'insolvabilité du donataire (C. civ., art. 930). Mais ici, cherchant avant tout à protéger la réserve, dans l'intérêt familial, la loi ne fait aucune exception en faveur des tiers de bonne foi, pour le cas rare où l'action peut être exercée contre les tiers. Tout au plus envisage-t-on de leur permettre de restituer, au lieu de la chose par eux détenue, sa valeur pécuniaire (Demogue, 41, p. 480).

4^o La *révocation* pour fraude aux créanciers (C. civ., art. 1167), en tant que l'action Paulienne serait considérée comme une action en nullité. Nous savons, en effet, qu'elle

ne rejaillit pas contre les tiers acquéreurs à titre onéreux de bonne foi (*supra*, p. 79).

La loi n'a prévu aucune disposition spéciale à l'égard des tiers en matière d'annulation pour défaut de capacité des parties ou pour vice proprement dit du consentement, c'est-à-dire pour cause d'erreur, de dol ou de violence. On peut se demander si c'est bien, comme on l'a généralement décidé jusqu'à présent, pour faire rejaillir indistinctement les effets de l'annulation à l'égard de tous les tiers, sans tenir aucun compte de leur bonne ou de leur mauvaise foi.

Lorsqu'un acte juridique manque d'un élément essentiel à sa formation, tel que le consentement, il n'existe pas plus à l'égard des tiers que de toute autre personne, et, à moins de supposer qu'on ait affaire à un faux, le titre ne constatant pas le consentement n'a même pas l'apparence de la validité.

Au contraire, les divers cas de nullité relative pour vice du consentement (erreur, dol, violence), qui sont par eux-mêmes occultes, et même ceux pour incapacité, qui ne sont, dans notre législation, l'objet d'aucun système bien organisé de publicité, peuvent, avec la plus grande facilité, échapper à la clairvoyance des tiers. Comme l'a fait remarquer M. A. Esmein (note sous Haute-Cour des Pays-Bas, 28 mars 1884, S. 1885. 4. 9), on conçoit très bien qu'un acte valable en ses éléments essentiels, mais simplement entaché d'un vice en son principe, et qu'une action en nullité vient attaquer après coup, ne soit annulé que dans une certaine mesure et seulement à l'égard de certaines personnes, alors qu'il continuera à produire ses effets à l'égard de certaines autres. C'est précisément le caractère que présentait la *resitutio in integrum* romaine qui, par le canal de la procédure canonique, a été la source de nos actions en nullité ou en

rescision. Mais, contrairement à ce que conclut M. Esmein, il est très contestable qu'il ne doive jamais en être ainsi des cas de nullité relative pour défaut de capacité, ou même pour vice du consentement, réserve faite de la rescision pour cause de lésion.

Le cas de lésion, prévu par l'art. 1681 du C. civ., est bien différent des autres cas, spécialement de ceux des vices proprement dits du consentement, avec lesquels on s'efforce souvent de l'assimiler. Il suffit aux tiers d'examiner le titre de leur auteur pour apercevoir la lésion dans la vileté du prix, et il leur est facile d'éviter la rescision en payant le supplément du juste prix (art. 1681). Au contraire, ils n'ont généralement aucun moyen de découvrir l'erreur, le dol ou la violence dont leur auteur (la partie dont ils tiennent leurs droits) a pu être victime et qui n'a laissé aucune trace. Généralement même, par hypothèse, la victime elle aussi ignore encore l'erreur ou le dol qui a vicié son consentement. En effet, si elle connaissait ce vice, l'aliénation par elle consentie pourrait être considérée comme une confirmation de la nullité, ainsi qu'en décide l'art. 892 du C. civ. en matière de rescision de partage pour dol ou violence.

En dépit de ces considérations, la jurisprudence, appliquant strictement la loi, décide que toutes les nullités pour vice du consentement produisent leur effet à l'égard des tiers, sans distinguer si ceux-ci sont ou non de bonne foi. (Cass. Belgique, *Posicr.*, 1826, p. 183¹; Cass. Req., 13 fév. 1900, S. 1900. 2. 449, et note Albert Tissier). Ne doit-on pas dire, avec l'annotateur, qu'il y a là un véritable abus de

1. Tout d'abord, la Cour de Cassation belge avait admis que la nullité ne pouvait être invoquée contre les tiers (4 mars 1816, *Posicr.* 1816, p. 64). Mais cette solution favorable à la sécurité des acquisitions n'a plus été suivie ultérieurement.

l'effet rétroactif de la nullité ou de la résolution ? Alors qu'on s'est décidé à maintenir les droits de ceux qui ont contracté de bonne foi avec un héritier ou un légataire apparent qui s'était fait mettre en possession en vertu d'un faux testament par lui fabriqué (Cass. 26 janv. 1897, S. 1897. 1. 313), ou, d'une façon générale, de ceux qui ont traité de bonne foi avec un propriétaire apparent, pourquoi ne protège-t-on pas également ceux qui ont traité de bonne foi avec le propriétaire dont le contrat d'acquisition vient à être annulé pour vice de consentement ou défaut de capacité ?

Pourquoi, par exemple, ne pas tenir compte de la bonne foi des tiers en matière d'annulation pour dol, aussi bien qu'en matière d'annulation pour fraude ? En droit romain, l'action et l'exception de dol étaient bien *in personam* (*Dig.*, L. 14, et 3, *Quod mus*). C'est ce que paraît avoir admis le C. civ. portugais, en décidant que la rescision du contrat, soit pour incapacité, soit pour vice de consentement, ne donne aux parties que le droit de se faire rendre la valeur de la chose si la restitution en nature est impossible (art. 697), et que spécialement le recours de l'incapable pour défaut d'autorisation de son représentant ne peut être exercé contre les tiers acquéreurs qu'à la condition de prouver contre eux leur mauvaise foi (art. 699). Le droit anglais admet la même solution dans certains cas seulement d'erreur ou de dol (Jenks, 61, t. I, art. 81 et 87).

La rigueur de notre jurisprudence à l'égard des tiers se trouve heureusement atténuée, dans certains cas, par l'application de la garantie et de la responsabilité du demandeur en nullité ou en rescision à leur égard. Celui qui a concédé des droits sur un immeuble en doit garantie, et cette obligation s'oppose à ce qu'il puisse y porter atteinte par son fait personnel et volontaire, serait-ce au moyen d'une ac-

tion en nullité ou en rescision (D. *Jur. gén., Suppl.*, v. *Privilèges et hypothèques*, n° 800). Quant à la responsabilité du constituant, elle peut être en jeu, notamment en cas d'erreur, si cette erreur provient de son ignorance grossière et eût pu aisément être évitée. C'est, par exemple, celle commise par l'héritier qui, par une fausse interprétation de la loi, a appelé un parent plus éloigné au partage de la succession : sa méprise constitue une faute lourde au regard des tiers qu'elle a entraînés dans l'erreur, et responsable de cette situation, il ne saurait en tirer parti pour les dépouiller, par une action quelconque, de ce qu'ils ont acquis de l'héritier admis au partage : « Attendu qu'étant tenu de réparer à l'égard des tiers les conséquences dommageables de cette faute, il ne saurait agir efficacement contre eux pour en être relevé. » (Besançon, 1^{er} mars 1864, D. 1864. 2. 61).

En dehors de ces cas particuliers, on se trouve, à défaut de dispositions appropriées, devant une situation qu'on a dite insoluble. Il y a lieu, tout d'abord, de remarquer qu'un tel résultat est assez particulier : ce sont des actions qui sont personnelles en leur origine et qui deviennent réelles dans leurs effets. Ce sont, comme dit M. Demogue (41, p. 477), des droits, qui dans leur nature primitive, sont des droits à la remise de la chose et qui devraient garder cette nature quand même le débiteur, n'ayant plus la chose, ne peut donner satisfaction ; mais alors, au contraire, par une métamorphose curieuse, une sorte de renforcement, on les fait retourner contre les tiers comme droits à la chose même. Avec le savant auteur, il est permis de se demander si la préférence qu'on a marquée, dans nos hypothèses, à l'exécution en nature, n'est pas la conséquence d'un abus de logique, de cette logique formelle qui, sans se préoccuper des besoins pratiques, ni des intérêts réels, tire impitoyablement les consé-

quences des prémisses abstraites « *Nemo dat quod non habet* » ou « *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis* ». Il y a aussi cet abus des images concrètes que M. Demogue (*Des droits éventuels*, Paris, Sirey, 1906, p. 59) a appelé le « matérialisme juridique » et qui consiste à se représenter le droit comme une chose, oubliant qu'il ne peut s'agir là que d'une comparaison commode.

Si l'on considère qu'ici comme dans les cas analogues préalablement envisagés et pour les mêmes raisons, le tiers qui a traité de parfaite bonne foi avec celui qu'il avait toutes raisons de croire titulaire, a véritablement un droit acquis à opposer au revendiquant, il se trouve avec lui en un conflit qui est véritablement antinomique, comme dans le cas de l'héritier apparent ou du propriétaire apparent. C'est toujours ce que M. Demogue (41, p. 73) appelle le conflit insoluble entre deux sortes de sécurité, la « sécurité statique » des titulaires de droits et la « sécurité dynamique » des acquéreurs de droits. Comment préférer l'une à l'autre ces deux données, qui paraissent correspondre à deux conceptions différentes de la vie elle-même, celle du repos et celle du mouvement, celle de la conservation et celle de l'action ? Le monde moderne penche sensiblement vers la seconde, et il y pousse progressivement les solutions juridiques. Mais il n'y a là, pour le juriste, qu'une indication qui, en dehors de dispositions législatives, est insuffisante pour trancher un problème ou décider d'une espèce. Il faut faire appel à des principes proprement juridiques, imbus d'équité et adaptés aux faits.

Puisqu'il faut nécessairement sacrifier quelqu'un, que ce soit celui à qui l'on ne peut absolument rien reprocher et qui n'est pour rien dans l'origine de la situation. L'on peut bien dire cela du tiers de parfaite bonne foi, mais non générale-

ment du contractant qui se prévaut d'une annulation, d'une résolution ou d'une révocation. Si c'est un donateur, il devait prévoir que le donataire pourrait disposer de la chose; et s'étant dépouillé dans un esprit d'irrévocabilité, ne doit-il pas, lorsqu'il revendique contre un tiers à titre onéreux de bonne foi, être assimilé à ceux qui luttent *de lucro caplando*? Si c'est un incapable, il paraît réellement exagéré de vouloir dans tous les cas l'exonérer des conséquences d'un acte passé par son représentant légal sans autorisation ou par lui-même sans habilitation, en supposant toujours que le tiers n'ait pu connaître le vice initial. Si c'est un contractant qui se prévaut d'une nullité pour vice de son consentement, ne peut-on considérer, le plus souvent, qu'il a une part de responsabilité dans l'erreur, le dol ou même la violence, qu'il eût pu éviter avec moins de confiance et plus de précaution. En tout cas, une plus grande diligence à exercer son action lui eût permis de recouvrer la chose aisément, avant qu'elle soit sortie, pour tout ou partie, du patrimoine de son co-contractant? N'est-il pas juste de lui faire supporter un risque qu'il eût pu écarter, de laisser à sa charge les conséquences d'une situation qu'il a contribué à créer, plutôt que d'en rendre victime un tiers innocent, tombé dans une erreur inévitable?

La difficulté serait en grande partie aplanie, si un système bien organisé de publicité permettait aux tiers de prendre connaissance des causes d'annulation, de résolution ou de révocation, et ainsi, moyennant des précautions simples, leur évitait de dangereuses surprises. Il en est ainsi dans le système de l'inscription intégrale au livre foncier, tel qu'il est pratiqué dans un certain nombre de pays, notamment en Allemagne (C. civ. de 1900), en Angleterre (loi du 4 août 1897), en Australie (Act Torrens de 1861), en Tunisie (loi

du 1^e juill. 1885 et du 16 mai 1886, en Espagne (C. civ. de 1889), enfin au Danemark (loi n^o 111 du 31 mars 1926), sans parler des anciennes législations des Etats de l'Allemagne (loi prussienne du 5 mai 1872) et de la Russie (C. civ. de 1887).

Le C. civ. italien a étendu le système français de la transcription à la plupart des demandes en résolution, en rescision ou en révocation. Elles n'ont d'effet contre les tiers qu'à partir de leur inscription, qui se fait en marge des actes déjà transcrits; elles ne sont pas opposables aux tiers qui ont antérieurement fait transcrire leur titre, aliénation ou constitution de droit réel (art. 1933). Cela s'applique à la résolution de vente pour inaccomplissement des charges (art. 1511), à la révocation de donation pour inaccomplissement des charges, ingratitude ou survenance d'enfant (art. 1080 et 1088), à la révocation résultant de l'exercice de l'action Paulienne à l'égard des tiers de bonne foi (art. 1235, al. 2), et à la rescision pour cause de lésion (art. 1308), mais non à l'effet de la condition résolutoire expresse autre que l'inaccomplissement des charges, qui s'opère à l'égard de tous, ni à la réduction pour dépassement de la quotité disponible, qui fait rentrer les immeubles dans la masse des biens de l'aliénateur, nonobstant toutes concessions par lui faites de droits réels (art. 1079, 1095 et 1096).

On a critiqué ce système comme conférant à la transcription une vertu de consolidation de droits excessive dans certains cas (Curcio, *Lettre sul Codice civile*; Baïcoianu, **8**, p. 130, à propos de l'action Paulienne). M. Curcio (p. 36) est allé jusqu'à traiter le législateur italien d'« atteint de la manie des tiers » (*tierzomano*), et il s'écrie : « De quelle ressource n'est pas l'heureuse condition de *tiers* ! Ne dirait-on pas un de ces asiles du Moyen-âge à la porte desquels venait se bri-

ser l'épée de la justice ! Voilà, en effet, que les principes les plus certains du droit commun viennent se briser contre cette qualité de *tiers* abrité à l'ombre de la transcription ! » C'est que vraiment tous les tiers ne devraient pas bénéficier de la même faveur, mais simplement ceux qui la méritent, c'est-à-dire ceux qui non seulement ont pris soin de transcrire, mais surtout ont acquis à titre onéreux et de bonne foi.

Le *C. civ. allemand*, il est curieux de le remarquer, a supprimé la rétroactivité des conditions (art. 158), mais il leur laisse produire effet contre les tiers dans l'avenir, à l'instar d'un terme extinctif. Cette règle se combine, en matière immobilière, avec la publicité du registre foncier : l'acquéreur ne peut pas inscrire sur le registre une aliénation faite sous condition (art. 935), mais il assure son droit futur au moyen d'une prénotation (art. 883). De même, les causes de résolution ou de révocation ne sont, en principe, opposables aux tiers que si elles sont inscrites sur le livre foncier. Voulant maintenir dans les départements réintégrés d'Alsace-Lorraine le bénéfice du système de publicité organisé par le droit local, la loi du 1^{er} juin 1924 (art. 38) a ordonné l'inscription au livre foncier de tout droit à la résolution d'un contrat synallagmatique, ou à la révocation d'une donation, ou au rapport en nature, ainsi que du droit de retour conventionnel ou de réméré. Restent, au contraire, dispensés d'inscription le droit à la réduction d'une donation immobilière excédant la quotité disponible et le droit à la révocation d'une donation pour cause d'ingratitude ; mais la demande judiciaire de cette révocation doit faire l'objet d'une mention au livre foncier (décret 18 nov. 1924, art. 25).

CONCLUSION

Jus est ars boni et æqui.

CELSE.

L'examen attentif des divers effets de la bonne foi se déloppant à travers toutes les matières du droit sous la poussée impérieuse des besoins pratiques et l'inspiration profonde de l'équité, conduit tout naturellement à les englober dans une théorie générale qui rattache la variété des applications à un même principe essentiel.

Le principe se dégage des faits. Il est consacré par la loi même en de multiples cas. Il a dû, dans d'autres, être adopté par la jurisprudence, sous une forme plus ou moins nette et homogène, et là où il ne l'est pas encore, il se trouve au moins désiré. Il se manifeste avec une particulière netteté dans la maxime : « Error communis facit jus », à laquelle on a eu recours faute d'autre formule juridique, et dans laquelle il n'est plus permis de voir une simple règle d'exception. M. Piédelièvre (94, p. 261) l'a dit avec autorité : « L'erreur commune doit être considérée non seulement comme une cause de dérogation au droit commun dans l'intérêt d'une bonne justice, mais encore comme une véritable source de droit ». Seule une conception étroite, substantialiste et rigide des règles de droit a pu les faire croire en opposition avec la nouvelle conception. Mais c'est bien le cas de répéter avec Joubert (*Pensées*) : « La règle doit être comme un fil

et non pas comme une barre de fer ». Les faits débordent constamment les règles : comme le disaient nos immortels devanciers les juristes romains, « Plus est in re quam in existimatione mentis ». La formule ne doit pas faire oublier la signification du contenu, c'est-à-dire l'esprit qui anime la lettre. La vieille logique doit aujourd'hui se doubler des nouvelles données de la psychologie et de la morale. Au point de vue positif, il est vrai de dire avec M. Davy, qu'« un droit signifie valeur reconnue et consacrée comme idéale, respectable et effectivement intangible sous peine de sanction. » (*Le droit, l'idéalisme et l'expérience*, Paris, Alcan, 1922, p. 163).

La bonne foi a réellement une fonction *créatrice*, qui est de faire sortir le droit du fait, et une fonction *adaptatrice*, qui est de modeler le droit sur le fait. Elle nous montre qu'on a tort de vouloir souvent séparer ces deux données, qui ne font qu'exprimer en matière juridique l'opposition si relative de la pensée et de l'action, de la théorie et de la pratique, de la technique et de l'équité. Un profond psychologue moderne, qui critiquait l'arbitraire de ces séparations, disait : « L'action est un principe momentané, le principe une intégration d'actions ». (Rauh, *Position du problème de la liberté*, Rev. de Métaphysique et de Morale, 1904). Il visait surtout les actions ayant une valeur morale. Le principe de la bonne foi n'est-il pas, par excellence, un principe d'*intégration* éthico-juridique, basé sur la valeur éminente de la bonne volonté ?

Son objet précis est bien, en dernière analyse, la *bonne volonté juridique*, celle de se conformer au droit. Nous en avons examiné la notion successivement sous sa triple forme : celle qui s'impose au juge, celle qui est exigée des parties, et celle qui est protégée chez les tiers. C'est toujours, au fond,

la même notion qui se montre sous diverses modalités et dans des conditions différentes, à savoir :

Bonne volonté	légitime	{ à respecter : évaluation à rechercher et à suppléer : interprétation	{ dans les actes juridiques	} <i>Glauben</i>
	loyale	{ à réaliser par les parties à ne pas contrarier par les tiers	{ dans les relations juridiques	
	innocente	{ à protéger chez les tiers victimes d'erreurs excusables ou inévitables		} <i>guten Glauben</i>

Dans la première forme, la bonne foi apparaît sous son aspect originel, se rattachant à sa source, la notion de *justice*, base idéale du droit. Dans la deuxième forme, elle se montre surtout sous son aspect négatif, la *mauvaise foi*, dont les manifestations les plus caractérisées, le dol et la fraude, sont de véritables délits civils, frappés de sanctions et engageant toujours la responsabilité de leur auteur.

La troisième forme est la plus riche en applications et la plus caractéristique. C'est là que la bonne foi se montre sous son aspect le plus positif et le plus parfait, en manifestant une efficacité propre qui supplée au défaut de droit. Pour produire un tel effet juridique, elle doit réunir le maximum de ses qualités : elle suppose une bonne volonté, non plus seulement légitime, honnête et loyale, mais encore innocente de toute faute. La pure intention de se conformer au droit ne suffit pas : il faut une volonté active et diligente. La simple croyance en la légitimité ou régularité de l'acte ne suffit pas : il faut une attitude prudente et éclairée. Tomber dans l'erreur peut être digne de pitié ; mais faire tout son possible pour l'éviter est vraiment méritoire. Les droits ne sont pas que des croyances, comme le dit M. Emm. Lévy (74) ; celles-ci en constituent seulement les principaux éléments psychologiques. Les croyances erronées sont prises en considération

parce qu'elles sont imposées par les nécessités pratiques : « Il faut agir, donc il faut croire », a-t-il été reconnu par les philosophes modernes (Paul Janet, *Rev. des Deux-Mondes*, 15 oct. 1881, p. 880). Ce sont les qualités morales de la volonté qui justifient la croyance; la croyance vaut par la conscience éclairée et éprouvée de l'honnête homme. L'effort pour réduire au minimum les chances d'erreur ne laisse aucune responsabilité de l'erreur effective dans laquelle, malgré tout, l'on a pu tomber.

La protection de la bonne foi ne saurait se réduire, comme on a essayé de le faire (Morin, 86, p. 25 et s.; Algiu, 3, p. 104 et s.), à la mise en jeu d'une responsabilité quelconque. Elle est l'application directe d'un principe propre, qui est la contre-partie du principe de la responsabilité : c'est un principe d'*irresponsabilité*. C'est parce que et dans la mesure où les tiers ne peuvent être tenus pour responsables de leur erreur, qu'ils doivent être maintenus dans leurs droits acquis de bonne foi. Le principe de la responsabilité limite et complète constamment celui de la bonne foi, sans le fonder. C'est la vertu même de la bonne foi qui légitime et valide l'acquisition, et la perte de droit du véritable titulaire en est une conséquence indirecte, mais nécessaire, en raison du conflit antinomique des deux droits qui se produit dans une sorte de lutte pour la vie d'ordre juridique. La vertu juridique de la bonne foi est faite des qualités de la volonté. La *bonne volonté* a une valeur morale qui s'impose, avec la force de la conscience, dans les domaines juridiques où elle se manifeste. C'est par cette valeur que les actes de l'honnête homme appelé juridiquement *liers de bonne foi* mérite la protection de la loi ou de la justice, même au détriment de droits plus anciens dont la conservation n'a pas été assurée avec assez de soin par leur titulaire. Cette valeur, que les moralistes ont

proclamée¹ et que les juristes, législateurs et juges, sont dans leur souci de la justice, amenés à reconnaître de plus en plus, est consacrée par ce que nous avons appelé le *principe de la bonne foi*.

C'est, en effet, sur une base morale, un véritable principe juridique que nous avons essayé de déterminer, sous ses nombreuses applications analysées. Il serait décevant de s'en tenir à une vague notion idéale à laquelle s'inspirerait, hors des cas prévus par la loi, la conscience du juge comme autrefois celle du prêteur romain. Comme le dit un juriste allemand, « Il ne faut pas s'en rapporter aux seuls principes, car sans la conscience les principes ne sont rien, mais il faut reconnaître aussi que la conscience n'est rien si elle ne contient pas de principes ». (Schlossmann, *Der Vertrag*, cité par Dereux, *Diverses conceptions actuelles du contrat*, Rev. crit. 1902, p. 513). Le principe de la bonne foi est intermédiaire entre la norme morale qui doit présider à tous les actes, et la règle technique qui en fixe les conditions et les effets. Il fait pénétrer dans la forme la souplesse de l'esprit, et dans la vie juridique l'inspiration de la conscience. Il tend à assurer dans les relations juridiques la suprématie de l'intention, la loyale confiance, et la sécurité, sinon le règne, de la bonne volonté. « Paix aux hommes de bonne volonté ! »

Le rôle de ce principe bienfaisant, spécialement en ce qui concerne la protection des tiers, diffère, nous l'avons vu, selon les mesures prises par la loi pour les informer des actes pouvant leur être opposables. Il supplée très heureusement

1. On lit, entre autres, dans les *Ecritures* : « Beatus homo, qui invenit sapientiam, et qui affluit prudentia : melior est acquisitio e us negotiatione argenti, et auri primi et purissimi fructus ejus ». (*Livre des Proverbes*, III, 13 et 14).

aux lacunes constatées de notre législation à cet égard, et il devrait le faire plus que n'ose encore l'admettre la jurisprudence. Une publicité appropriée et à portée des intéressés est le meilleur moyen de leur éviter des erreurs et des surprises. C'est le nouvel aspect sous lequel reparaît le vieux rôle juridique de la forme, dont Ihering disait : « La forme est pour les actes juridiques ce qu'est l'empreinte pour la monnaie » (*L'esprit du droit romain*, trad. O. de Meulenaere, t. III, Paris, 1887). Le système d'organisation le plus complet en ce sens est celui du livre foncier, qui fonctionne notamment en Allemagne, en Autriche, en Suisse, en Danemark, ainsi qu'en Alsace-Lorraine, et qui indique à tous, par les inscriptions, le véritable état de la propriété immobilière. « Le registre foncier, dit bien le Code fédéral suisse, donne l'état des droits sur les immeubles » (art. 942). De même, le registre matrimonial indique les droits des gens mariés (Rossel et Mentha, 101, t. I, p. 327), et le registre des personnes (*Personenregister*), celui des incapables de diverses sortes (loi danoise du 31 mars 1926, art. 48, etc.).

Il importe d'autre part, tenant le droit comme la vertu en un juste milieu, de ne pas attribuer à la forme seule une valeur qu'elle ne saurait avoir par elle-même. On peut bien répéter ici et dans un sens général les fortes paroles exprimées par M. Josserand (63, p. 31) à propos de l'abus des droits : « Il ne faut pas que les plus hautes questions puissent être abaissées au niveau des querelles de procédure et que la forme sous laquelle s'offre l'injustice désarme jamais la victime et la société. » Donc, il ne faut pas, sous peine de tomber dans un formalisme étroit, protéger, sous prétexte de sécurité, tous les tiers indistinctement, même lorsqu'ils sont reconnus de mauvaise foi. Pour éviter cet excès, il faut se garder d'accorder aux inscriptions une force probante ab-

solue, mais plutôt admettre, dans des conditions pratiquement raisonnables, la preuve de la mauvaise foi caractérisée, même contre les tiers ayant contracté postérieurement aux inscriptions.

Ainsi, la bonne foi donne matière à un principe qui est un des plus efficaces pour le règne du droit et de la justice, un des plus bienfaisants dont la lueur puisse guider le juge dans l'accomplissement de sa haute et délicate mission. Son application variée, pour se bien approprier à la complexité des cas, ne se réalise pas sans un sens psychologique averti, joint à une conscience éprouvée, comme l'exige la pénétration des intentions et des états d'âme. Même en matière civile, le juge ne doit jamais dédaigner le domaine subjectif. Toutes les fois qu'il s'agit d'apprécier un acte de volonté, il faut bien scruter plus ou moins cette volonté; et l'on a pu dire que « la recherche des intentions est l'un des moyens par lesquels notre droit s'oriente dans la direction du progrès » (A. Breton, 19, p. 109). L'essentiel est d'apporter à cette recherche l'esprit éclairé et objectif imposé aujourd'hui par les méthodes scientifiques.

A cette condition, plus guère n'est à redouter le peu d'arbitraire qui, rançon de l'équité, peut subsister, malgré tout, dans l'interprétation et l'appréciation d'un fait psychologique tel que la bonne foi, qui, d'ailleurs, pour avoir une valeur juridique, doit sortir de l'intention pure et s'actualiser dans la volonté active. Cet « arbitraire du juge », contenu dans de sages limites et inspiré d'une méthode rationnelle, ne constitue-t-il pas encore, selon l'expression de M. Jossierand (63), p. 85), « la meilleure des garanties pour les particuliers »? L'interprétation rationnelle et équitable du droit en son véritable esprit, que de grands juristes contemporains ont fait ressortir avec tant de force, n'est-elle pas

bien préférable, même au prix de certaines incertitudes ou de quelques méprises, à l'application rigide, quasi automatique et nécessairement outrancière, des règles édictées? La belle sentence de Celse sur le rôle du juriste reste toujours vraie : « Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem » (17, D. I, 3). A la vérité, le *summum jus* sera toujours la *summa injuria* qui détourne le droit de son éminente destination et que le juge doit s'efforcer d'éviter avant tout. A une certaine liberté de juger *ex æquo et bono*, *ex bona fide*¹, la science du droit doit une partie appréciable de ses plus belles réalisations, tendant à faire pénétrer de plus en plus dans la vie sociale, notamment par le principe de la bonne foi, le souffle bienfaisant de l'équité. Or, l'équité reste, au fond, le commencement et la fin du droit.

1. Cette liberté est, d'ailleurs, très relative : le juge reste lié par les faits de la cause, les principes généraux et enfin l'impératif de sa conscience. Après avoir réglé, dans l'art. 3, les conditions de la bonne foi, le Code fédéral suisse dispose, dans l'art. 4 : « Le juge applique les règles du droit et de l'équité, lorsque la loi réserve son pouvoir d'appréciation ou qu'elle le charge de prononcer en tenant compte, soit des circonstances, soit de justes motifs ». Dans leur commentaire, Rossel et Mentha. (101, t. I, p. 69) observent : « Les rassurantes expériences faites depuis 1883 ont encouragé le législateur à étendre le domaine de la souveraine appréciation du juge ».

Lu et approuvé.

Paris le 26 février 1928.

Le président de la thèse,

CAPITANT

Vu :

Le Doyen.

H. ROGER

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

CHARLÉTY

ABRÉVIATIONS EMPLOYÉES

Arch. f. civ. Pr.	Archiv für civilistische Praxis.
B. G. B.	Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand).
C. civ.	Code civil (français).
C. com.	Code de commerce (français).
C. pén.	Code pénal (français).
C. pr. civ.	Code de procédure civile (français).
Dig. ou D.	Digeste.
D.	Dalloz, Jurisprudence générale, Recueil périodique et critique.
D. H.	Dalloz, Recueil hebdomadaire de jurisprudence.
D. Rép. Méth.	Dalloz, Répertoire méthodique et alphabétique de législation et de jurisprudence.
Gaz. Pal.	Gazette du Palais.
Gaz. Trib.	Gazette des Tribunaux.
P.	Journal du Palais.
Pand. fr.	Pandectes français.
Pand. pér.	Pandectes périodiques.
Pas.	Pasinscrisie belge.
R. crit.	Revue critique de législation et de jurisprudence. (Paris Pichon et Durand-Auzias.)
R. de méta.	Revue de métaphysique et de morale (Paris, Alcan).
R. trim.	Revue trimestrielle de Droit civil (Paris, Sirey).
S.	Sirey, Recueil général des lois et des arrêts.
Z. G. B.	Zivil Gesetzbuch (Code civil fédéral suisse).

BIBLIOGRAPHIE

1. **Agatstein (David).** — Le dol des incapables à l'occasion d'un contrat. Paris, Chauny et Quinzac, 1922.
- 1^{bis}. **Aguilar (A).**, magistrat. — La mala fede en los pleitos. *Revista de derecho privado*, XIV, n° 170, nov. 1927.
2. **Albertario (E.).** — La responsabilita dei bonæ fidei possessor fino ad limite del suo arricchimento nella restituzione dei frutti. *Bulletino dell' Istituto di diritto romano*, XXVI, 1914, 247 et s.
3. **Algiu (Alexandre).** — Etude sur la règle « Error communis facit jus ». Thèse, Paris, 1912.
4. **Andreani.** — Il diritto del bonæ fidei possessor sui frutti. *Archivio giuridico*, XL et XLI, 1888-1889.
5. **Antonesco (Vasile).** — Teoria heredelui apparent. Bucarest, 1907.
6. **Arthaud (Claude).** — De la bonne foi et de ses effets en matière civile. Thèse, Paris, 1874.
7. **Aubry et Rau.** — Cours de droit civil français. 8 vol., Paris, Marchal, 5^e éd., 1897.
8. **Baleoianu.** — L'action Paulienne en droit civil comparé. Thèse Paris, 1922.
9. **Barrau.** — De la bonne foi dans les questions d'état et de possession. Thèse, Aix, 1865.
10. **Baudry-Lacantinerie et divers.** — Traité théorique et pratique de droit civil. 26 vol. Paris, 2^e éd. 1899-1903 (3^e éd. 1905-1909).
Spécialement :
Baudry-Lacantinerie et Chauveau. — Des biens. 2 vol. 1899.
Baudry-Lacantinerie et Barde. — Des obligations. 4 vol. 1900.

- Baudry-Lacantinerie et de Loynes.** — Du nantissement, des privilèges et hypothèques. 3 vol. 1899.
- Baudry-Lacantinerie et Tissier.** — De la prescription, 1905. (3^e éd.).
11. **Bédarride.** — Traité du dol et de la fraude en matière civile et commerciale. 4 vol. Paris, Makaire, 1867.
12. **Benzacar (Joseph),** prof. (Bordeaux). — De la bonne foi. Ses effets sur les contrats du 1^{er} au vi^e se de l'Empire. Thèse, Bordeaux, 1890.
13. **Berardini (de).** — Condizione giuridica dell' erede apparente. *Archivio giuridico*, 1904, II, 247 et s.
14. **Binding.** — Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbs vom Nichtberechtigten. 1908.
15. **Biville (Raoul).** — Les conséquences de la mauvaise foi du second acquéreur d'un immeuble qui a transcrit son contrat avant le premier. *R. de droit usuel*, 1893, et tirage à part, Paris, Giard et Brière, 30 p.
16. **Boissennade.** — Essai d'une explication nouvelle de la théorie de la transcription à l'occasion de la mauvaise foi en matière hypothécaire. *R. prat.*, XXX.
17. **Bonfante, Prof.** (Pavie). — Essenza della buona fede. *Bolletino dell'Istituto di diritto romano*, VI, 3-4.
18. — La dottrina dell' erede apparente e la buona fede del terzo...
19. **Breton (André).** — Des effets civils de la bonne foi. *R. crit.*, XLVI, fév. 1926, 86-111.
20. **Brezzo.** — La revoca degli atti fraudolenti. Turin, 1892.
21. **Brinz.** — Zum Rechte der bonæ fidei possessio. *Festgabe der Münchener Fakultät zu Arndt's Doktorjubiläum*, 1875.
22. **Bruck.** — Die Bedeutung der Anfechtbarkeit für Dritte. Breslau, 1900.
23. **Bruns (Carl Georg),** Prof. (Breslau). — Das Wesen der Bona fides bei der Ersitzung. Berlin, Puttkammer et Mühlbrecht. 1872.
24. **Barekhard.** — über den Begriff und Beweis der bonæ fides bei der Eigentumsersitzung. *Zeitschr. f. Zivilrecht u. Prozess.*, XXI, 9 et 10, 1864.

25. **Busch (Franz).** — Der Schutz des gutgläubigen Rechtserwerbs durch Übertragung bei beweglichen Sachen, Forderungen und Wertpapieren. Jur. Diss. Greifswald, Abel, 1910. 139 p.
26. **Callam (Gustav).** — Inhalt und Tragweite des guten Glaubens beim Wechselerwerb. Jur. Diss. Greifswald-Leipzig, Hoffmann, 1922, 44 p.
27. **Cassin (René).** — De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques. Thèse, Paris, 1914.
28. **Campion.** — De la connaissance acquise par les tiers d'un transfert de créance non signifié. Thèse, Lille, 1909.
29. **Chardon.** — Du dol et de la fraude.
30. **Chlamtzev.** — Das Fruchtrecht des redlichen Besitzers im österreichischen bürgerlichen Gesetzbuche. *Festschrift zur Jahrhundertfeier des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche*, 1^{er} juin 1911, II, 433 et s.
31. **Colin (A.) et Capitant (H.).** — Cours élémentaire de droit civil français. 3 vol. Paris, Dalloz. 4^e éd., 1923.
32. **Contri.** — Sul possesso dell' erede apparente di buona fede. Florence, 1902.
33. **Corte (E. G.).** — Della buona fede specialmente nei rapporti col possesso. Cagliari. Tipografia commerciale. 1901.
34. **Cosma.** — Les actes de l'héritier apparent. Théorie de la jurisprudence. Thèse, Paris, 1909.
35. **Crémieu (Louis).** — De la validité des actes accomplis par l'héritier apparent. *R. trim.*, 1910, 39-82.
36. **Danz, Conseiller.** — Auslegung der Rechtsgeschäfte.
37. **David (Ferdinand).** — Gutgläubigkeit und Bosgläubigkeit bei Empfang einer ungerechtfertigten Bereicherung. Jur. Diss. Erlangen. Born-Leipzig, Noske. 1910.
38. **Davy (Georges), Doyen de la Faculté des lettres de Dijon.** — Pourquoi vaut la foi jurée. *R. de meta.*, XXIV. 1917, 327-353.
39. — La foi jurée. Etude sociologique du problème du contrat. La formation du lien contractuel. Paris, Alcan, 1922.

40. **Demogue (René)**, Prof. (Paris). — Traité des obligations en général. Sources des obligations. Vol. I à V parus. Paris, Rousseau, 1923-1924. (Spécialement, t. I, ch. V in fine : De la maxime *Error communis facit jus*).
41. — Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique. Paris, Rousseau. 1911.
42. **Demolombe (C.)**. — Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général. 8 vol. Paris, 1877.
43. — Traité de la distinction des biens. 2 vol. Paris, 1875.
44. **Dereux (Georges)**, juge (Paris). — De l'interprétation des actes juridiques privés. Thèse, Paris, 1905.
45. — Etude critique de l'adage : « Nul n'est censé ignorer la loi ». *R. trim.*, VI, 1907, 513-554.
46. **Dittler (Wolfgang)**. — Schutz des guten Glaubens bei Verfügungen der Ehefrau über eingebrachtes Gut und über Gesamtgut. Jur. diss. Heidelberg. Borna-Leipzig, Noske, 1911, 53 p.
47. **Fischer (Friedrich)**. — Die Ersitzungserfordernisse Titulus und Bona fides in bezug auf ihre geschichtliche Entwicklung. Jur. Diss. Breslau, Gutschmann. 1911, 68 p.
48. **Francke**. — Der Erwerber und sein guter Glaube nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. *Blättern für Rechtsanwendung*, LXXI.
49. **Garsonnet**, Prof. (Paris). — De la transcription et spécialement de la mauvaise foi de celui qui invoque le défaut de transcription. *R. prat.*, XXI.
50. **Gerth Walther**. — Der Schutz des guten Glaubens bei eigenmächtiger Verfügungen der im gesetzlichen Güterstande lebenden Frau. Jur. Diss. Leipzig, Edelman, 1910. 40 p.
51. **Goldschmidt**. — Über den Erwerb dinglicher Rechte von dem Nichteigentümer. *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, IX, 1866, 1-74.
52. **Grabow (Walter)**. — Der Gegenstand des Bereicherungsanspruch gegen den gutgläubigen Empfänger vor der Rechtshängigkeit nach §§ 818, Absatz 1-3 B. G. B. o. O. Jur. Diss. Rostock, 74 p.

53. **Grouber.** — De l'action paulienne en droit français contemporain. Thèse, Paris, 1913.
54. **Guillouard.** — De l'action paulienne en droit romain et en droit français. Thèse, Caen, 1868.
55. **Hartmann.** — Wort und Wille im Rechtsverkehr. *Jahrb. f. Dogmatik*, XX, 1 et s., et *Arch. j. civ. Pr.* LXXII et LXXIII, p. 315 et s.
56. **Hegetschweiler (Otto).** — Schutz des guten Glaubens nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch Sachenrecht. Inauguraldiss. Zürich, 1912.
57. **Hildenbrand.** — De bona fide.
58. **Hugueney (Pierre),** prof. (Dijon). — De la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle. Thèse, Dijon, 1910.
59. **Ihering (R. von).** — Prof. (Göttingen). — Œuvres choisies. Trad. par O. de Meulenaere. 2 vol. Paris, Marese, 1893.
Spécialement:—T. I, 3^e partie: Acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi. — T. II, 4^e partie : L'ancien possesseur de bonne foi est-il obligé de restituer au propriétaire le prix de vente lorsque la chose est venue à périr?
60. **Jaubert (Joseph).** — Des effets civils de la bonne foi. Thèse, Paris, 1899.
61. **Jenks (Edouard).** — Digeste de droit civil anglais. 2 vol. Paris, Librairie générale de droit, 2^e éd. 1923.
62. **Jèze (G.),** Prof. (Paris). — Les principes généraux du droit administratif. Paris, Giard et Brière, 2^e éd. 1914.
Spécialement : liv. III, ch. III : Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait.
63. **Josserand (Louis),** Doyen (Lyon). — De l'abus des droits. Paris, Rousseau, 1905.
64. — De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits. Paris, Dalloz, 1927.
65. **Jözen.** — Aliénations consenties par l'héritier apparent. *R. prat.*, XIV, 1862, p. 318 et s.
- 65^{bis}. **Kipp (Th.),** prof. (Münich). — Impugnación de los actos

- « in frauden creditorum » en derecho romano y en al moderno derecho aleman, con referencia al derecho español. *Revista de derecho privado*, X, n° 124, janv. 1924.
66. Köppen. — Der Fruchterwerb der bonæ fidei possessor. Jur. Diss. Iena, 1892.
67. Lamy (A.). — De la protection des tiers acquéreurs d'immeubles au cas de résolution du titre de leur auteur. Thèse, Paris, 1904.
- 67bis. Løss-en (Jul.). — Handbog i Obligationsretten. Almindelig Del. Copenhagen, 3^e éd. 1917-1920.
68. Le Moigne G.). — Erreurs en matière civile. Thèse, Paris, 1869.
69. Lévy. — Die Voraussetzung des gutgläubigen Fahrnis-erwerbs. Jur. Diss. Fribourg. 1903.
70. Levy (Emmanuel), Prof. (Lyon). — L'idée de transmission de droit (à propos de la preuve de la propriété immobilière). Paris, Pédone, 1896.
71. Responsabilité et contrat. *R. crit.*, 1899.
73. La confiance légitime. *R. trim.*, IX, 1910, 717-722.
73. Le lien juridique. *R. de méta.*, XVIII, 1910, 823-830.
74. Les droits sont des croyances. *R. trim.*, 1924, p. 59-63.
75. Lipari. — Il dolo processuale. Palerme, Forenze. 1926.
76. Loniewski (Alfred). — Essai sur le rôle actuel de la maxime « Error communis facit jus ». Thèse, Aix, 1905.
77. Ludovici (Hermann). — Der gutgläubige Erwerb beweglicher Sachen vom Anfechtungsgegner. Jur. Diss. Heidelberg. Borna-Leipzig, Noske, 1910, 36 p.
78. Maierini. — Della revoca degli atti fraudolenti fatti dal debitore in pregiudizio dei creditori. 3^e éd. Florence, 1898.
79. Mazeaud (Henri), Prof. (Lille). — La maxime « Error communis facit jus ». *R. trim.*, 1924, 929-964.
80. Mazoyer (Jean-Henri). — Du rôle de la bonne foi dans la possession immobilière en droit romain et en droit français. Thèse, Toulouse, 1891.
- 80bis. Messineo. — Note differenziali tra dolo e frode (art. 1115 et 1235, C. Civ.). *R. dir. comm.*, 1921, II, p. 467 et s.
- 80ter. Mestre (H.). — De la bonne foi nécessaire chez le porteur

- d'un effet. *Rev. de droit bancaire*, 1925, p. 385 et s.
81. Miceli (Vincenzo), Prof. (Pise). — *Lezioni di filosofia del diritto*. 3 vol. Palerme, Cooperativa editoriale universitaria, 1910. (Spécialement, t. III, partie VIII : La théorie de la volonté dans les actes juridiques).
 82. Millet (J.-J. Edm.). — *De l'erreur et de la bonne foi en droit romain et en droit français*. Thèse, Paris, 1871.
 83. Milliet. — *La propriété apparente*. Thèse Paris, 1901.
 84. Mollentheil. — *über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung*. Erlang. 1820.
 85. Morin (Gaston). — *La sécurité des acquéreurs de bonne foi et les droits du véritable propriétaire dans les transactions immobilières. Etude critique du Code civil et des projets de réforme*. Thèse, Paris, 1902.
 86. — *La sécurité des tiers dans les transactions immobilières et la maxime « Error communis facit jus »*. *Annales de la Faculté d'Aix*, avril-juin 1909, p. 15 et s.
 87. — *A propos de la maxime « Error communis facit jus »*. *Annales, d'*, II, 1.
 88. Mesch (Hans). — *Der guter Glaube in Sinne der § 932-936 B. G. B. unter besonderer Berücksichtigung des Falles seines Zusammentreffens mit dem bösen Glauben*. Jur. Diss. Leipzig. Zeulenroda, Oberreuter. 1915. 70 p.
 89. Neuburger. — *Der Schutz des gutgläubigen Pfandrechterserwerbs*. Jur. Diss. 1904.
 90. Nützel. — *Der Erwerb in guten Glauben nach dem Sachenrecht des bürgerlichen Gesetzbuches*. Jur. Diss. Erlangen 1904.
 91. Ochs (Richard). — *Über die Wirkung des guten Glaubens beim Erwerb durch Traditionspapiere und von Traditionspapieren*. Jur. Diss. Greifswald. Berlin, Wegner, 1914, 59 p.
 92. Orru. — *Effetti giuridici del possesso di buona fede secondo il C. civ. it.* Cagliari, Meloni et Vitali, 1908, 20 p.
 - 92bis. Ussilia. — *L'équité dans le droit privé*. Rome, 1923.
 93. Pedrazzi. — *Azzione Pauliana*. *Archivio Giuridico*, 1875.
 - 93bis. Ferreau (E.-H.). Prof. (Toulouse). — *Expérience et inex-*

- périence dans les actes juridiques devant la jurisprudence. *R. crit.*, 1925, p. 352-372.
94. **Piédelièvre (Jacques)**, Prof. (Paris). — Des effets produits par les actes nuls. Essai d'une théorie d'ensemble. Thèse, Dijon, 1911.
95. **Planiol (Marcel)**, Prof. (Paris). — Traité élémentaire de droit civil. 3 vol. Paris, Libr. générale de droit et de jurisprudence. 7^e éd., 1917.
— Dol civil et dol criminel. *R. crit.*, LIX, 1893, 545-573 et 649-663.
97. **Planiol (Marcel) et Ripert (Georges)**, Prof. (Paris). — Traité pratique de droit civil français. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence. 6 vol. parus, 1926-1928.
Spécialement : t. III (en collab. avec Picard Maurice, Prof. à Lyon). Les biens.
98. **Regelsberger**. — Der sogen. Rechtserwerb von Nichtberechtigten. *Jherings Jahrbüchen*, XLVII, 339 et s.
99. **Reichel (Hans)**, Prof. (Zürich) — Gutgläubigkeit beim Fahrnisserwerb. Vienne, Holder, 1915.
100. **Ripert (Georges)**, Prof. (Paris). — La règle morale dans les obligations civiles. Paris, Libr. générale de droit et de jurisprudence. 1925.
101. **Rossel (Virgile) et Mentha (F.-H.)**, Prof. (Berne et Neuchâtel). — Manuel de droit civil suisse. 2 vol. Lausanne, Payot, 1908.
102. **Rossi (P.)**. — Il diritto del possessore di buona fede sui frutti. Sienne, Tip. dell'Ancora. 1887.
103. **Rousseau (Théod.)**. — Essai d'une théorie générale de la fonction et des fonctionnaires de fait. Thèse, Lille, 1914.
104. **Ruffini (Francesco)**. — La buona fede in materia di prescrizione. Storia della teoria canonistica. Turin, Bocca, 1892.
105. **Ruta (Gallo)**, Av. lib. doc. (Catane). — La buona fede e la sue applicazioni nel diritto civile italiano. Catane, Cocco. 1899.

106. Sales. — De l'influence de la bonne foi dans les conventions matrimoniales. Thèse, Toulouse, 1870.
107. Sanatesco (Georges). — De la validité des actes faits par l'héritier apparent. Thèse, Paris, 1912.
- 107bis. Savatier (Henri). — Etude sur le dol. Thèse, Paris, 1881.
108. Schey (von). — Über dem redlichen und den unredlichen Besitzer im österreichischen bürgerlichen Gesetzbuche. *Festschrift zum siebzigsten Geburtstag v. Unger*. Stuttgart, 1898, p. 415 et s.
109. Schirmer. — Zur Lehre der bona fides und dem justus titulus. *Zeitschrift f. Zivilrecht u. Prozess*, XV, 1858, n° 7 et 9.
110. Schkaff. — De l'erreur, du dol et de la violence. Th. Lausanne, 1902.
111. Schneider (Konrad), Conseiller (Stettin). — Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse des bürgerlichen Gesetzbuches. München, 1902.
112. — Treu und Glauben in Zivilprozess. 1903.
113. Scribano (Giovanni), Juge. — Trattato della mala fede. Catane, Giannotta, 1922.
114. Scuto (Carmelo), Prof. (Sassari). — La natura ed il fondamento dell' acquisto dei frutti de parte del possessore di buona fede. *Rivista di diritto civile*, VII, 1915, 336-355.
115. Segré (G.). — L'acquisto del possesso di buona fede in materia mobiliare. Milan, Vallardi, 1909.
116. Serafini. — Della revoca degli atti fraudolenti. Pise, 1887-1889.
117. Soniewski. — Essai sur le rôle actuel de la maxime « Error communis facit jus ». Thèse, Aix.
118. Stein. — Der Begriff des guten Glaubens beim Fahrniserwerbe im bürgerlichen Gesetzbuch und seine Beziehung zur juristischen Natur des gutgläubigen Erwerbes. Jur. Diss. Würzburg, 1911.
119. Steinbach (Emil). — Treu und Glauben im Verkehr. Eine civilistische Studie. Vienne. 1900.
120. Steinlechner. — Die Unredlichkeit als rechtskindernde Tatsache im bürgerlichen Verkehr. Graz. 1904.

121. **Stintzing.** — Das Wesen und bona fides und titulus in der römischen Usucapionslehre. Historisch dogmatischer Versuch. Heidelberg, 1852.
- 121**bis**. **Torp (Carl).** — Hovedpunkter af Formuerettens almindelige Del. Caphenhague, 2^e éd. 1900.
122. **Trutler (Joseph).** — Bona fides im Zivilprozesse. München, Oldenburg. 1892.
123. **Valabrègue.** — Error communis facit jus. *R. crit.*, XIX, 1890. 30 et s.
124. **Vallet.** — De l'influence de la bonne foi sur la possession immobilière. Thèse, Lyon, 1880.
125. **Verdier de Pennery.** — Les actes de l'héritier apparent et la jurisprudence. Thèse, Paris, 1898.
126. **Véron.** — Les actes accomplis par le mari sur les biens de la communauté en fraude des droits de la femme. Thèse, Paris, 1924.
127. **Vigeneron.** — La fraude dans les transferts de droits. Thèse, Paris, 1923.
- 127**bis**. **Vinding (Kruse).** — Tinglysningsloven. Kommentar. Copenhague, 1927.
128. **Wächter (von), Prof. (Leipzig).** — Die bona fides, insbesondere bei der Ersizung des Eigentums. Leipzig. 1871.
129. **Wellspacher.** — Das Vertrauen auf äussere Tatbestände. Vienne, 1906.
130. **Wendt.** — Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt. *Arch. f. civ. Pr.*, t. 87, 448 et s.
131. — Erwerb van einem Nichtberechtigten. *Arch. f. civ. Pr.*, t. 89, 1899, 1-84.
132. **Wertheimer (Jules).** — Des avantages attribués à la bonne foi relativement aux biens en droit civil. Thèse, Paris, 1899.
134. **Wickmann (Albert).** — Der Schutz des guten Glaubens im Handels- und Wechselrecht. Jur. Diss. Strasbourg. Born-Leipzig, Noske. 1912, 104 p.
135. **Windscheid.** — Sull'acquisto dei frutti da parte del possessore di buona fede. *Rivista di diritto e procedura*, IV, 3.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

Importance, imprécision et complexité de la notion de bonne foi.
— Son origine dans l'idée d'équité. — *La bona fides* romaine. *La fides* canonique. — *La guter Glaube* et la *Treu und Glauben* germaniques.
Unité essentielle de la notion de bonne foi. — Opinions sur sa nature (Wachter, Bruns, etc.) — Éléments psychologiques, fondement moral et caractère juridique du principe de la bonne foi. — Son influence bienfaisante sur le Droit.
Sa triple forme.

PREMIÈRE PARTIE

Le Critère de la bonne foi

Rôle de la bonne foi en justice comme critère de décision 19

Chapitre premier. — *Le critère d'évaluation* 20

Double élément, externe et interne, de la volonté juridique. — Importance du 1^{er} à l'origine, puis du 2^e, à la base des actes juridiques.
— Efficacité et valeur de la volonté légitime, aspect de la bonne foi.

Valeur plus ou moins prépondérante de la volonté ou de son expression selon le caractère, subjectif ou objectif, de l'acte. — Présomption de concordance entre l'une et l'autre dans les actes de la 2^e catégorie.

Le postulat de la bonne foi. — Ses effets différents selon le caractère de l'acte. — La présomption légale simple de la bonne foi. — Les présomptions de fait de la mauvaise foi.

Le principe de la responsabilité complétant ce postulat. — Ses applications à la simulation, à l'interprétation du doute et aux actes apparents.

Chapitre II. — *Le critère d'interprétation* 32

Mode subjectif et mode objectif d'interprétation.

Le formalisme primitif et l'interprétation littérale. — La recherche de l'intention dans les déclarations unilatérales et dans les conventions. — Volonté vraie et volonté déclarée. — La bonne foi (*Treu und Glauben*) selon les usages des affaires et le sens normal des déclarations. — Difficultés d'interprétation des contrats d'adhésion.

Pouvoir limité du juge. — Jurisprudence.

II^e PARTIE

L'Exigence de la bonne foi

L'obligation de loyauté dans les relations juridiques. — Son importance dans les contrats. — Son aspect négatif : la défense de tromper (dol ou fraude).

44

Chapitre premier. — La bonne foi exigée dans les tractations. .

48

Le mensonge illicite.

Le dol criminel : escroquerie et délit de fraude.

Le dol civil. — Ses éléments. — Jurisprudence. — Conception anglo-américaine. — Les variétés de dol et l'élargissement de la notion de manœuvres. — Les réticences fallacieuses : obligations de déclarations de la part du vendeur et de l'assuré.

L'appréciation concrète du dol.

De qui doit émaner le dol. — Nature et effet de l'action de dol.

Le dol dans les actes autres que les contrats à titre onéreux.

Le dol des incapables. Défaut d'unité de la jurisprudence.

Conception d'ensemble du dol délit civil entraînant une réparation adéquate.

Chapitre II. — La bonne foi exigée dans les prestations des parties

65

La fidélité à la parole donnée. — Sa rigueur, modérée par l'équité et modelée sur les usages : droit allemand. — La bonne ou la mauvaise foi mesure la responsabilité. — Le dommage prévisible ou imprévisible. — Rapprochement de la fraude et du dol.

Variétés de la fraude du débiteur. — Formes pénales. — Forme civile sanctionnée par la révocation au moyen de l'action Paulienne. — En quoi consiste et comment se prouve la fraude du débiteur. — Nature plutôt délictuelle de cette action.

La réciprocité de la bonne foi due par chacune des parties dans les contrats synallagmatiques. — Droit de rétention.

Contrats exigeant une bonne foi particulièrement rigoureuse.

Obligation de se comporter de bonne foi vis-à-vis des personnes qu'on est chargé de protéger. — Limite des pouvoirs du mari.

Chapitre III. — La bonne foi exigée dans les actes des tiers . . .

78

Ils ne doivent pas participer à une fraude du débiteur. — Situation des divers tiers acquéreurs devant l'action Paulienne. — En quoi consiste la complicité de fraude : indécisions de la jurisprudence.

Extension de cette solution aux divers cas d'acquisition frauduleuse de droits : responsabilité délictuelle (art. 1382 C. civ.) pouvant se traduire par une annulation de l'acte frauduleux. — Transfert frauduleux de droit soumis à publicité, spécialement en matière de transcription immobilière. — Examen et critique de la jurisprudence. — Situation analogue pour les diverses constitutions de droits réels, les cessions de créances, les transferts de titres nominatifs, etc. — Indécisions et défaut d'harmonie de la jurisprudence dans ces divers cas, faute d'un principe directeur.

Réserves faites sur le cas de fraude, dans les législations étrangères, même dans le système du livre foncier.

Cas des aliénations mobilières.

Extension de la conception de complicité de fraude aux droits personnels : promesses unilatérales de vente, pactes de préférence, baux non enregistrés et obligations du bailleur, etc. — Jurisprudence. — Son fondement sur l'art. 1332, mieux que sur l'art. 1167 C. civ.

Généralisation : les droits sont limités à la fraude.

Chapitre IV. — *La bonne foi dans l'exercice des droits* 100

L'abus délictuel du droit exercé dans le seul ou le principal but de nuire. — Sa consécration législative en Suisse, en Allemagne et en Autriche.

Limite variable de l'exigence de bonne foi selon le contenu des droits. — En quoi la théorie de l'abus du droit dépasse celle de la mauvaise foi. — C'est la 2^e qui s'applique plus spécialement à quelques matières : renseignements défavorables fournis sur le compte d'autrui, concurrence déloyale, et jusqu'à un certain point, action malicieuse ou action téméraire (faute lourde) en justice. — La requête civile pour dol. La nullité des actes de procédure frauduleux.

Effet général sur la responsabilité : la bonne foi l'atténue, la mauvaise foi la laisse entière.

III^e PARTIE

La Protection de la bonne foi

Elle est basée sur le mérite de la bonne volonté. — Elle est limitée par les principes généraux de l'ordre public et de la responsabilité.

113

Chapitre premier. — *La notion d'erreur excusable* 115

Les différentes sortes d'erreurs de bonne foi.

L'erreur à protéger en raison de la bonne foi. — En quoi consiste la croyance erronée (*der guter Glaube*) : simple ignorance d'un défaut de droit ou plutôt conviction positive loyale en la légitimité de son droit.

L'*excusabilité* de l'erreur. — Insuffisance de la conception psychologique de la croyance effective, simple état subjectif et variable (Wächter). — Appel à un principe éthico-juridique d'honnêteté et de loyauté qui permette de qualifier et justifier la croyance lorsque celui qui se trompe a fait son possible pour éviter l'erreur. — Pour être « bonne », la croyance doit être l'aboutissant d'un examen diligent, éclairé et critique (*scrupulosa inquisitio, redlicher Überlegung*). — La conscience impose l'obligation de se renseigner et d'examiner loyalement avant de croire en son droit et d'agir (*Nachforderungspflicht, Überlegungspflicht*).

La mesure d'appréciation de la bonne foi selon la nature des rapports juridiques ou d'affaires. — La faute d'ignorance et l'obligation de savoir (*Kennenmüssen*).

Le doute exclut la bonne foi. Il sert à prouver la faute : il oblige à vérification.

L'erreur de droit est plus difficilement excusable que l'erreur de fait. — Rigueur du droit romain. — L'obligation de prendre conseil (*die Rechtsbelehrung*). Mais le conseil erroné n'excuse pas. — L'excuse n'est pas admise contre une loi claire et explicite. — La charge de la preuve.

Caractère *personnel* de la bonne foi. — Exceptions en matière de succession ou de représentation.
Le *moment* de la bonne foi : moment de l'acte et moment de la situation dont l'acte est la suite.
La *preuve* de l'erreur.

Chapitre II. — *La facilité d'acquérir par possession de bonne foi* 140

Rôle de la bonne foi dans la possession. — En quoi elle doit consister.

§ I. — *L'usucapion abrégée des immeubles* 141

La bonne foi réduit à 10 ou 20 ans le délai de la prescription. — Exigence particulière du juste titre; rapport entre le juste titre et la bonne foi.
Justification de l'usucapion de bonne foi.

§ II. — *L'acquisition immédiate des meubles* 147

La bonne foi donne à l'acquéreur une situation de propriétaire dès sa mise en possession. — Non nécessité du juste titre, exigé par le Code allemand, mais appréciation suffisamment rigoureuse et compréhensive de la bonne foi.
Importance de cette efficacité acquisitive de la bonne foi aux dépens de l'ancien propriétaire. — Son but : facilité et sécurité des transactions. — Sa justification : défaut de vigilance ou de diligence du propriétaire dans la conservation de la chose, en corrélation avec la bonne foi non négligente de l'acquéreur, ou simplement impossibilité de maintenir un droit incompatible avec celui légitimement acquis par le tiers.
L'usucapion des meubles, institution complémentaire de la précédente.

Chapitre III. — *Le maintien des actes passés par celui qui se croit titulaire d'un droit* 159

§ I. — *Le possesseur de bonne foi* En quoi consiste cette bonne foi. — A quelles situations elle s'applique.

Rôle du titre, réel ou putatif, comme élément et moyen de preuve de la bonne foi.

Fondement des avantages accordés au possesseur de bonne foi au détriment du propriétaire.

Aucun rôle de la bonne foi dans l'exercice des actions possessoires.

I. — *Acquisition des fruits* 163

Le possesseur de bonne foi acquiert les fruits à titre de propriétaire par la perception. — Fondement et critique partielle de cette règle.

II. — *Irresponsabilité de l'état de la chose* 165

Le possesseur de bonne foi n'est tenu que dans la mesure où il possède ou s'est enrichi.

Application au possesseur d'hérédité.

Cas particulier de l'héritier du dépositaire.

III. — *Droit au remboursement des dépenses utiles ou des améliorations* 166

Avantage restreint accordé au possesseur de bonne foi.

Droit de rétention. — Comment il se rattache à l'obligation d'exécuter de bonne foi et est peu compatible avec la possession de mauvaise foi.

§ II. — Le constructeur de bonne foi 171

Particularité de cette situation

I. — Droit aux empiètements réalisés au su du propriétaire. 172

Interprétation de l'attitude passive du propriétaire. — Elle fortifie la bonne foi du constructeur. — Droit à accorder à ce dernier.

II. — Droit aux empiètements à l'insu du propriétaire? 175

La situation est ici plus favorable au propriétaire, et la bonne foi excusable du constructeur plus difficile à admettre.

§ III. — L'acquéreur de bonne foi 177

Assimilation avec le possesseur de bonne foi.

Cas particuliers, où la bonne foi fait échec à l'action en répétition de l'indû :

I. — Consommation de la chose reçue en paiement d'un non-propriétaire ou d'un incapable.

II. — Suppression du titre de créance après paiement d'un non-débiteur.

§ IV. — L'époux de bonne foi 179

La facilité d'admission du mariage putatif, l'extension de la notion d'excusabilité de l'erreur et la protection des enfants, ainsi que des tiers de bonne foi. — Jurisprudence. — Loi du 25 juin 1919

Chapitre IV. — La validation des actes passés selon des apparences trompeuses 183

Effet ultime de la bonne foi.

§ I. — La fausse apparence et l'erreur commune "

La crédibilité de l'apparence vraisemblable et la protection de celui qui agit avec une prudence raisonnable.

L'erreur commune née de la fausse apparence. — La règle traditionnelle *Error communis facit jus* et la jurisprudence. — Exigence de l'invincibilité de l'erreur, et présomption tirée du caractère commun de l'erreur.

L'erreur commune de droit et la coutume. — Les fausses interprétations de loi par la jurisprudence.

§ II. — La validation des actes passés dans des conditions crues régulières 190

I. — Actes passés devant un officier public inapte ou un agent public irrégulièrement investi.

L'investiture plausible des fonctionnaires de fait, exerçant publiquement et paisiblement

II. — Actes passés devant des témoins incapables. — La capacité putative selon une possession paisible et publique.

III. — Actes passés avec une société irrégulièrement constituée. — Les sociétés de fait.

IV. — Actes passés avec un représentant permanent irrégulièrement nommé ou autorisé. — Gérant, tuteur, syndic.

V. — Actes passés avec un incapable irrégulièrement habilité — Femme mariée, mineur, interdit, failli.

§ III. — La validation des actes passés avec un titulaire apparent de droit	199
Problème du conflit de droits entre ancien titulaire et ayant cause du titulaire apparent.	
I. — Paiement à un créancier apparent	200
Nécessité et validité du paiement. — Particularité des titres à ordre ou au porteur : inopposabilité des exceptions au tiers porteur de bonne foi.	
Ces de cession de créance. — Paiement fait à un cessionnaire dont le titre est reconnu faux. — Paiement fait à un créancier qui a cédé sans signification.	
Cas particulier du <i>solvens</i> ignorant sa créance compensatrice.	
II. — Actes passés avec un mandataire apparent	204
Responsabilité du mandant et du mandataire vis-à-vis des tiers de bonne foi, et non-opposabilité des abus de pouvoir à leur égard. — L'excusabilité de l'erreur dans le mandat inexistant, dans le mandat expiré ou révoqué, et dans le mandat dépassé, surtout dans les législations dépourvues de système de publicité des cessations et des restrictions de mandat.	
Faculté de désistement de tiers de bonne foi, en droit allemand.	
III. — Actes passés avec un héritier apparent	208
La difficulté ne porte que sur les actes de disposition à titre onéreux. En quoi elle consiste. Comment on a essayé d'y échapper. — Le maintien des actes de bonne foi en vertu de l'erreur commune invincible des tiers, en dehors de toute responsabilité du véritable héritier. — Rigueur d'appréciation de cette bonne foi.	
Utilité des mesures de publicité comme celles du livre foncier et du certificat d'héritier.	
Importance de la question par rapport à tout propriétaire apparent. Sens relatif du brocard « <i>Nemo plus juris...</i> ». — Légitimité des actes normaux d'acquisition à titre onéreux des tiers en vertu de leur parfaite bonne foi. — Raisons d'y sacrifier le droit du véritable héritier.	
IV. — Actes passés avec un propriétaire apparent	219
Hypothèques consenties par les prête-noms des congrégations religieuses non autorisées. Hésitations de la jurisprudence sur l'efficacité de l'erreur commune. Application de l'art. 1321 du C. civ. en toute matière de simulation en faveur des tiers invinciblement trompés par l'acte ostensible.	
Généralisation de la question en matière de propriété apparente. Arrêt de Cass. de 1910. — Règle du droit anglais.	
V. — Actes passés avec un titulaire dont le droit vient à être annulé, résolu ou révoqué	224
Insuffisance de notre système de transcription.	
a) Causes intrinsèques de nullité ou de résolution	225
Diverses sortes de condition résolutoire, expresse ou tacite. — Inapplication de la rétroactivité contre les tiers de bonne foi, lorsqu'ils ne pouvaient découvrir la cause de résolution dans le titre de leur auteur.	
b) Causes extrinsèques de nullité ou de révocation	227

Cas prévus par la loi, sauvegardant les droits des tiers : révocation ou réduction des libéralités.

Difficulté et discussion pour l'annulation tenant à un défaut de capacité des parties ou à un vice proprement dit du consentement (erreur, dol ou violence). — Différence avec la rescision pour cause de lésion. — Rapprochement avec la révocation pour fraude et les cas d'héritier ou de propriétaire apparent. — Raisons de préférer le tiers acquéreur à titre onéreux de parfaite bonne foi au demandeur en nullité.

Utilité d'un système bien organisé de publicité pour empêcher l'erreur des tiers. Système italien de la transcription. — Système allemand et suisse de l'inscription au livre foncier.

Conclusion 237

Le principe qui ressort de ces diverses applications. — Sa généralité, son unité, sa base et sa fonction. — Son objet, la bonne volonté, et ses modalités : 3 formes principales. — Netteté et importance de la dernière : protection de la bonne volonté innocente.

Caractère propre du principe de la bonne foi, malgré ses rapports constants avec celui de la responsabilité. C'est un véritable principe juridique consacrant la valeur de la bonne volonté.

Il supplée aux lacunes des mesures de publicité pour la protection des tiers.

Son application rentre dans le rôle d'équité du juge.

